



Roj: **STS 1918/2013 - ECLI: ES:TS:2013:1918**

Id Cendoj: **28079120012013100313**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2013**

Nº de Recurso: **424/2012**

Nº de Resolución: **323/2013**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 323/2013

RECURSO CASACION Nº : 424/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Voto Particular

Señalamiento: 09/04/2013

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia

Fecha Sentencia : 23/04/2013

Ponente Excmo. Sr. D. : Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : AMG

Cuhecho. Legitimación de la acusación popular para interponer el recurso de casación aunque no lo haya hecho el Ministerio Fiscal. Mayoría necesaria para declarar no probado un hecho desfavorable. Pleno Sala de 13.3.2013. Contradicción entre los hechos probados. No es equiparable a la contradicción entre proposiciones del veredicto. Intervención de las partes en el contenido del objeto del veredicto art. 53.1 LOTJ . Distinción reclamación de subsanación y protesta. Contradicción en la motivación del veredicto del Jurado. Motivación del veredicto por el Jurado. Tutela judicial efectiva desde el prisma de la acusación. Distintas posturas. Tesis intermedia individualización de las pruebas y elementos de convicción. Motivación sentencias absolutorias. Existencia duda. Análisis de cada hecho del objeto del veredicto. Error apreciación de la prueba. Posibilidad articulación en el recurso de casación de juicio por jurado. Valor grabación juicio oral. Doctrina Tribunal Constitucional. Análisis del delito cohecho pasivo impropio art. 426 (actual 422).

Nº: 424/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Vista: 09/04/2013

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 323/2013



Excmos. Sres.:

D. Carlos Granados Pérez

D. Joaquín Giménez García

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Manuel Marchena Gómez

D. Antonio del Moral García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil trece.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Fulgencio , Hipolito , María y Ofelia** , contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal de la Comunidad Valenciana, de fecha 20 de enero de 2.012 , que absolvió a los acusados D. Mateo y D. Octavio como autores penalmente responsables de un delito de cohecho impropio pasivo; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida los acusados, representados por las Procuradores Sras. Julia Corujo y Ortiz Carvajo respectivamente, y dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. de Jesús de Castro y Latorre.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal, incoó causa con el número 1 de 2011 del Tribunal del Jurado, contra D. Mateo y D. Octavio , con fecha 30 de enero de 2.011, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: "A - Hechos comunes a ambos acusados D. Mateo y D. Octavio .

PRIMERO.- Durante los años 2005 a 2008 Luis Manuel , Juan Francisco y Teofilo , movidos por un interés común y con el fin de ganarse la amistad, el mejor trato y el favor de algunos funcionarios públicos y autoridades con importantes responsabilidades en altas instituciones y organismos de la Comunidad Valenciana, realizaron las gestiones necesarias para hacer llegar a éstos de forma continuada y en consideración particular a la naturaleza y el rango de sus cargos determinados regalos para su uso personal, tales como trajes confeccionados a medida, calzado y otras prendas de vestir.

(Hecho desfavorable -requiere mayoría de 7 votos para declararlo probado)

SEGUNDO.- Esos objetos eran adquiridos en establecimientos de las firmas "Milano Difusión SA" y "Forever Young" abiertos al público en Madrid, y se facturaban, según los casos, a las sociedades, "Diseño Asimétrico SL", "Servimadrid Integral SL" y "Orange Market SL", todas ellas vinculadas a Luis Manuel y gestionadas por Teofilo , las cuales pagaban las correspondientes facturas y tickets de caja, bien en efectivo, o mediante transferencia o entrega de cheques. (Hecho desfavorable -requiere mayoría de 7 votos para declararlo probado) TERCERO.- Previamente, personal de estos establecimientos contactaba con los interesados y realizaba las mediciones necesarias para calcular sus tallas.

Finalmente las prendas y demás objetos se entregaban a sus destinatarios en Valencia, bien en sus propios domicilios, bien en la sede de la sociedad "Orange Market SL" o en el domicilio de Juan Francisco , quien participaba directamente en la administración de la mercantil Orange Market SL. (Hecho desfavorable -requiere mayoría de 7 votos para declararlo probado)

B - Hechos referidos al acusado D. Mateo

CUARTO.- Entre los destinatarios de esos regalos figura, el acusado D. Mateo , quien, recibió, al menos, los siguientes regalos por un importe total de 13.121,5 €:

4º A).- Entre finales de 2005 y septiembre de 2006, tres trajes y tres americanas por importe de 4.700 € adquiridos en "Milano Difusión SA".



4º B).- Entre finales de 2006 y julio de 2007, cinco trajes y tres pares de zapatos por importe de 5.393,5 € adquiridos en "Forever Young".

4º C).- A finales de 2007 cuatro corbatas por importe de 348 € adquiridas en "Forever Young".

4º D).- Con anterioridad al 8 de octubre de 2008, dos trajes, una americana y un par de zapatos por importe de 2.680 € adquiridos en "Forever Young". (Hechos desfavorables -requiere mayoría de 7 votos para declararlos probados)

QUINTO.- El acusado D. Mateo aceptó esos regalos sabedor de que le eran entregados en reiterada consideración al cargo público de Presidente de la Generalitat que ejercía entonces y desde el que podía tomar decisiones o desplegar su personal influencia sobre determinadas materias en relación con las cuales Luis Manuel , Juan Francisco y Teofilo mantenían importantes intereses económicos.

(Hecho desfavorable -requiere mayoría de 7 votos para declararlo probado)

SEXTO.- El acusado D. Mateo encargó en Milano Difusión en Madrid únicamente cuatro trajes, que fueron devueltos, después de agosto de 2.006, por el mismo al ser imposible arreglarlos, dado que no tenían las tallas adecuadas al Sr. Mateo .

(Hecho favorable -requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado)

SEPTIMO.- El acusado D. Mateo , finalmente no adquirió prenda alguna del referido establecimiento Milano Difusión de Madrid.

(Hecho favorable -requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado)

OCTAVO.- El acusado D. Mateo encargó y adquirió del establecimiento "Forever Young" de Madrid solamente las siguientes prendas:

8º A) Tres trajes que recogió: dos a principios de 2007 y el tercero en marzo de 2007.

8º B) Un par de zapatos en marzo de 2007.

8º C) Un traje antes del verano de 2008 y una americana de color azul.

(Hecho favorable -requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado)

NOVENO.- Todas estas prendas adquiridas de "Forever Young" (tres trajes un par de zapatos en 2007, y un traje y una americana en 2008) fueron abonadas por el acusado D. Mateo personalmente al Sr. Constancio .

(Hecho favorable -requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado)

C -Culpabilidad o inculpabilidad del acusado D. Mateo .

DÉCIMO.- El acusado D. Mateo es culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Presidente de la Generalidad.

(Hecho desfavorable -requiere mayoría de 7 votos para declararlo probado)

UNDECIMO.- El acusado D. Mateo es no culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Presidente de la Generalidad.

(Hecho favorable -requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado)

DUODÉCIMO.- En el caso de declarar probada la culpabilidad del acusado D. Mateo el Jurado considera que deben aplicarse los beneficios de remisión condicional de la pena.

(Hecho favorable - requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado)

DECIMOTERCERO.- En el caso de declarar probada la culpabilidad del acusado D. Mateo el Jurado considera que debe pedirse el indulto en la propia sentencia,

(Hecho favorable - requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado).

D - Hechos referidos al acusado D. Octavio

DECIMOCUARTO.- Entre los destinatarios de esos regalos figura, el acusado, D Octavio quien, recibió, al menos, los siguientes regalos por un importe total de 10.075 €:

14º A) .- Entre enero y agosto de 2006, cuatro trajes, tres pantalones y dos americanas por importe de 5.150 € adquiridos en "Milano Difusión SA".

14º B).- Entre finales de 2006 y julio de 2007, seis pantalones y un traje por importe de 4.925 € adquiridos en "Forever Young".

(Hechos desfavorables -requiere mayoría de 7 votos para declararlos probados)

DECIMOQUINTO.- El acusado, D. Octavio aceptó esos regalos sabedor de que le eran entregados en reiterada consideración al cargo público que ejercía entonces de Diputado en las Cortes Valencianas y desde el que podía tomar decisiones o desplegar su personal influencia sobre determinadas materias en relación con las cuales Luis Manuel , Juan Francisco y Teofilo mantenían importantes intereses económicos.

(Hecho desfavorable -requiere mayoría de 7 votos para declararlo probado)

DECIMOSEXTO.- EL acusado D. Octavio pagó las prendas que le fueron confeccionadas en Milano Difusión, S.A.

(Hecho favorable -requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado)

DECIMOSEPTIMO.- El acusado D. Octavio nunca encargó trajes en Forever Young, ni recibió prendas de ese establecimiento.

(Hecho favorable -requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado).

E - Culpabilidad o inculpabilidad del acusado D. Octavio .

DECIMOCTAVO.- El acusado D. Octavio es culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Diputado en las Cortes Valencianas.

(Hecho desfavorable -requiere mayoría de 7 votos para declararlo probado)

DECIMONOVENO.- El acusado D Octavio es no culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Diputado en las Cortes Valencianas.

(Hecho favorable -requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado)

VIGESIMO.- En el caso de declarar probada la culpabilidad del acusado D Octavio el Jurado considera que deben aplicarse los beneficios de remisión condicional de la pena.

(Hecho favorable -requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado)

VIGESIMOPRIMERO.- En el caso de declarar probada la culpabilidad del acusado D. Octavio el Jurado considera que debe pedirse el indulto en la propia sentencia.

(Hecho favorable - requiere mayoría de 5 votos para declararlo probado)."

Decimosegundo.- En audiencia pública celebrada el día 23 de enero de 2012 por el Magistrado Presidente y a presencia de las partes se hizo entrega del objeto del veredicto al Jurado y se formularon de las correspondientes instrucciones al Jurado, retirándose el Jurado seguidamente a deliberar.

En la tarde del día 25 de enero de 2012 el Jurado hizo entrega al Magistrado Presidente a través del Sr. Secretario de la Sala del acta del veredicto y tras el pertinente examen de dicha acta por el mismo, convocó a las partes para la lectura del veredicto, que se produjo ese mismo día en audiencia pública, siendo el veredicto de no culpabilidad de los acusados D. Mateo y D Octavio por cinco votos a favor y cuatro en contra, tras lo que el Magistrado Presidente procedió al cese del Jurado, y acto seguido y siendo el veredicto de inculpabilidad, en virtud de lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado , por el Magistrado Presidente se pronunció sentencia in voce, sin perjuicio de su posterior redacción dictando el siguiente fallo absolutorio: "Absolver a los acusados D. Mateo y D. Octavio de los delitos de cohecho tipificado en el artículo 426 del Código Penal en relación con el artículo 74 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos, contenida en el Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre"

HECHOS PROBADOS

DE CONFORMIDAD CON EL VEREDICTO DEL JURADO.

Hechos referidos al acusado D. Mateo

El acusado D. Mateo encargó en Milano Difusión en Madrid únicamente cuatro trajes, que fueron devueltos, después de agosto de 2.006, por el mismo al ser imposible arreglarlos, dado que no tenían las tallas adecuadas al Sr. Mateo .

El acusado D. Mateo finalmente no adquirió prenda alguna del referido establecimiento Milano Difusión de Madrid.



El acusado D. Mateo encargó y adquirió del establecimiento "Forever Young" de Madrid solamente las siguientes prendas: Tres trajes que recogió: dos a principios de 2007 y el tercero en marzo de 2007, un par de zapatos en marzo de 2007, un traje antes del verano de 2008 y una americana de color azul.

Todas estas prendas adquiridas de "Forever Young" (tres trajes un par de zapatos en 2007, y un traje y una americana en 2008) fueron abonadas por el acusado D. Mateo personalmente al Sr. Constancio .

El acusado D. Mateo es no culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Presidente de la Generalidad.

Hechos referidos al acusado D. Octavio

El acusado D. Octavio pagó las prendas que le fueron confeccionadas en Milano Difusión, S.A.

El acusado D. Octavio nunca encargó trajes en Forever Young, ni recibió prendas de ese establecimiento.

El acusado D. Octavio es no culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Diputado en las Cortes Valencianas.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: 1º.- Absolver a los acusados D. Mateo y D. Octavio de los delitos de cohecho tipificado en el artículo 426 del Código Penal en relación con el artículo 74 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos, contenida en el Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre.

2º.- No ha lugar a expedir testimonios de particulares.

3º.- Disponer la cancelación y devolución de las fianzas constituidas por D. Mateo y D. Octavio , que se harán efectivas cuando la presente sentencia sea firme.

4º.- Declarar de oficio las costas del presente proceso.

Únase a la presente sentencia el acta del veredicto del Jurado, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado , y notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, instruyéndoles de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, de conformidad con lo establecido en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deberá prepararse ante este Tribunal en el plazo de cinco días conforme establecen los artículos 855 y 856 de la dicha Ley de Enjuiciamiento Criminal , previa constitución, en su caso, del depósito correspondiente de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Fulgencio , Hipolito , María y Ofelia , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación de los recurrentes, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO .- Al amparo del art. 851.5º LECrim .

SEGUNDO .- Al amparo del art. 851.5 LECrim . al existir manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados.

TERCERO .- Al amparo del art. 852 LECrim . por vulneración de los arts. 24.2 y 9.3 CE .

CUARTO .- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la valoración de las pruebas.

QUINTO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por falta de aplicación del art. 426 CP .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día nueve de abril de dos mil trece.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUESTION PREVIA SOLICITUD DE INADMISION DEL RECURSO DE CASACION PLANTEADA POR LA REPRESENTACION DE Mateo



Se sostiene que el recurso de casación ha sido interpuesto exclusivamente por la acusación particular, dado que el Ministerio Fiscal no ha recurrido la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, por lo que debe inadmitirse dado que dicha acusación ostenta en este procedimiento una posición procesal adhesiva o coadyuvante a la del Ministerio Fiscal; tal como se dispuso en el auto de 29.5.2009 que admitió la personación como acusación popular de los hoy recurrentes, quienes se personaron, título personal, señalando su condición de Diputados del Grupo Parlamentario Socialista de las Cortes Valencianas, interesaron la exención de fianza, solicitando se les tuviera por personados como **acusación popular adhesiva o coadyuvante** a la que ya ejercía el Ministerio Público.

Solicitud que debe ser desestimada.

1) El art. 101 LECrim . establece que la acción penal es pública y que todos los ciudadanos podrán ejercerla con arreglo a los principios de la Ley. Así consecuentemente el ejercicio de la acusación en los procesos penales no se atribuye en régimen de monopolio al Ministerio Fiscal, al contrario con carácter general, se establece que todos los ciudadanos la podrán ejercitar, sin perjuicio de las limitaciones que se previenen en distintos preceptos, la acción popular. El propio art. 125 CE . determina que los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular, a su vez, el art. 19 LOPJ . precisa también que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercitar la acción popular, en los casos y formas establecidos por la Ley, lo que determina que puestos en relación estos artículos con los artículos 105 , 270 , 271 y 280 LECrim . el acusador popular debe comparecer en la causa por medio de procurador con poder especial y letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio. Además debe constituir fianza de la clase y cuantía que el juez determine para responder de las resultados del juicio.

Es decir, la tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al Ministerio Fiscal que tiene el derecho- deber de ejercitar la acción penal (art. 105 LECrim .), como defensor de la legalidad (arts. 124.1 CE y 435 LOPJ), se atribuye su ejercicio a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, **así como también a todos los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular** , lo cual nada tiene que ver para que el legislador tenga previsto una serie de particularidades en este último caso, con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las referidas a la presentación de la querrela a la que alude el artículo 270 o a la prestación de fianza del artículo 280 ambos LECrim . (STS. 10.7.95).

En este caso de acción popular lo que la caracteriza es que cualquier ciudadano, por el mero hecho de estar en la plenitud del goce de sus derechos, puede ejercitarla, sin que tenga que alegar en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial o moral (arts. 100 , 101 y 102 LECrim). En la acción popular que se contempla en el art. 125 CE . el particular actúa en interés de la sociedad, viniendo a asumir dentro del proceso un papel similar al Ministerio Fiscal.

Como advierte el Tribunal Constitucional (SS. 62/83 , 147/85 , 37/93 y 40/94) en el caso de la acción popular se actúa en defensa de un interés común o general, pero también se sostiene simultáneamente un interés personal, porque, en estos casos, la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común.

Por ello, en el momento actual, se defiende por la doctrina, que la acción popular puede asumir un importante papel en la persecución de aquellos delitos que pueden infringir un bien perteneciente a la esfera o patrimonio social, con respecto a los cuales se ha podido observar un escaso celo por parte del Ministerio Fiscal a la hora de ejercitar la acción y sostener la acusación penal. Importante papel que no puede ser menospreciado porque coyunturalmente y con ocasión del debate político se haya utilizado a veces la acción penal popular espuriamente y, por otra parte, es evidente que nuestra Constitución la consagra (art. 125), como un medio de participación en la administración de justicia.

En el caso que se examina el delito del art. 426 -actual 422- viene contemplado en el Libro II, Título XIX, delitos contra la Administración Pública, capítulo V "Del cohecho". El bien jurídico en el caso del delito de cohecho pasivo impropio, se identifica; como dice el ATS de 27.9.2007 con la preservación de la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones, en un Estado de Derecho, sometidos únicamente al imperio de la Ley. Es decir, el único determinante de la actuación de un funcionario o autoridad debe ser la Ley y no otros hechos o circunstancias que pueden condicionar o mediatizar su actuación, tales como las dádivas o regalos ofrecido por particulares y admitidos.

Así en general, los delitos de cohecho son infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública como lo es el lucro ilícito.

Con respecto también al bien jurídico protegido en el delito de cohecho la STS. 31.7.2006 afirmó que tanto en el activo como en el pasivo el bien jurídico protegido es el mismo, la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de esa función-, pero con dos perspectivas. En el pasivo, el



quebrantamiento del deber de probidad que pesa sobre el funcionario y de la confianza en él depositada; en el activo, el respeto que se debe a la función pública por quien no la está ejerciendo en el asunto de que se trate.

Se trata de un interés comunitario, que no puede, por regla general, ser encarnado por ninguna persona en particular, y pertenece a la comunidad en general y por ello -como precisa la STS. 5.4.2002 -, la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular.

Bien entendido que esta Sala viene manteniendo (STS. 363/2006 de 28.3 , con cita SS. 18.3.92 , 22.5.93 , 3.6.95 , 4.2.97) , que el legislador, tratándose de delito público, no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querrela, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110 LECriminal , es decir, mostrándose parte como adhesión en nombre de la ciudadanía a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela. La existencia de fianza, impuesta por el art. 280, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando ésta es medio de iniciación del proceso penal, pero cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso la necesidad de tal requisito no parece razonable.

Esta era la finalidad de la personación de los hoy recurrentes, como acusación popular adhesiva y coadyuvante en un proceso ya iniciado a instancia de la acusación pública, solicitando la exoneración de la prestación de fianza.

2) Respecto a la cuestión relativa a la legitimación de la acusación popular para interponer el presente recurso de casación, el problema no es si la acusación popular puede mantener una posición acusatoria autonomía respecto a las acusaciones pública y privada, lo que ha sido resuelto en la doctrina expuesta por esta Sala en sus sentencias 1045/2007 de 17.12 y 54/2008 , que además de complementar la anterior, admite la posibilidad de aperturar el enjuiciamiento de una causa seguida por las normas de procedimiento abreviado con la única actuación postulante de la acusación popular, y ello porque en la presente causa el Tribunal del Jurado, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación popular de los hoy recurrentes formularon escrito de acusación, acordándose la apertura del juicio oral por auto de 15.7.2011, e incluso constituido el jurado y celebrado el juicio oral con la practica de las pruebas, el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas siguió manteniendo sus pretensiones acusatorias al igual que la acusación popular que como tal fue parte legítima y compareció a las sesiones del juicio oral.

Siendo así el impedirle ahora la posibilidad de interponer recurso de casación contra la sentencia absolutoria, por haberse acatado con tal pronunciamiento el Ministerio Fiscal y su condición adhesiva o coadyuvante, significaría la utilización indebida de un mecanismo procesal dirigido a eludir toda posibilidad de revisión en esta vía casacional, contradiciendo el principio pro actione y el derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial sin indefensión, en su vertiente de acceso a los recursos, que rige tanto para el inculpado como para las partes acusadoras, toda vez que el art. 24.1 CE , se refiere a todas las personas que tengan un interés legítimo.

En este sentido la STS. 682/2006 de 25.6 , en su caso en que se solicitaba la inadmisión de plano del recurso de casación de la acusación popular, porque no está legitimada para recurrir la sentencia absolutoria por incumplimiento de los requisitos procesales de los arts. 274 y 280 LECrim , señaló: "no necesitamos entrar en el fondo de estas cuestiones para rechazar esta alegación previa. Sólo hemos de recordar que esta acusación popular se encuentra legitimada para actuar como recurrente en el presente trámite de la casación penal, porque tiene una de las condiciones exigidas al respecto por el art. 854 LECrim . fue parte en el juicio criminal...".

RECURSO INTERPUESTO POR Fulgencio , Hipolito , María Y Ofelia

PRIMERO: El motivo primero por quebrantamiento de forma art. 851.5 LECrim . al haberse dictado la sentencia sin la concurrencia de número de votos exigidos por la Ley , por lo que debió procederse a la devolución del acta al Jurado, al amparo de lo establecido en el art. 746 bis c) apartado A LECrim .

Se señala que el Jurado declaró como **no probados por cinco a favor y cuatro en contra** los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, décimo, decimocuarto, decimoquinto, décimo octavo, que tenían la consideración de desfavorables, por lo que a tenor de lo dispuesto en el Art. 59.1 LOPJ , el Jurado no alcanzó la necesaria mayoría -7 votos- para declararlos no probados y debió procederse a la devolución del veredicto conforme dispone el art. 63.1 c) del mismo texto.

El motivo tras analizar qué debe entenderse como hecho favorable y desfavorable, considera que el art. 59 LOPJ , es claro y terminante ("los Jurados votarán si estiman probados o no dichos hechos. Para ser declarados tales, se requiere siete votos, al menos, cuando fuesen contrarios al acusado, y cinco votos, cuando fuesen favorables"), y no autoriza a interpretación distinta respecto a la exigencia de 7 votos para entender no probado un hecho desfavorable.



El hecho desfavorable no se transmuta en favorable si no está probado. Probado o no probado requiere esa mayoría cualificada.

1) La calificación de un hecho como favorable o desfavorable no ofrece, en principio, mayores dificultades. Serán hechos contrarios al acusado aquellos de los que se derive la declaración como probado de un elemento del delito o de una circunstancia de agravación, específica o genérica. Serán favorables los que excluyan el delito o alguno de sus elementos y los que lleven a la aplicación de una forma incompleta de ejecución, grado menor de participación o circunstancia atenuante.

Ciertamente existen supuestos en los que la doctrina no es uniforme, como por ejemplo, cuando de los hechos alegados por la defensa podría derivarse la apreciación de un delito de menor entidad.

Existen opiniones que sostienen que se trata de hechos favorables, precisando que han de tenerse por favorables al acusado aquellas proposiciones que contengan hechos aceptados por la defensa cuya declaración como probados, aun conllevando la condena del acusado, provoquen una aminoración de su responsabilidad, fundamentalmente mediante la modificación del título de condena a favor de la aplicación de un tipo penal de menor gravedad. En definitiva, sostienen que cuando se suma al hecho principal de la acusación una hipótesis de hecho principal propuesta por la defensa, menos gravosa que aquella, la propuesta de la defensa y hecho favorable.

Frente a este criterio, otra postura más acertada considera que cuando la defensa proponga un diverso hecho principal que no da lugar a la introducción de un diferente objeto del proceso porque subsista lo que un reputado procesalista denominaba una "coincidencia parcial de los actos de ejecución", aunque el tipo penal aplicable sería otro. Esa hipótesis, que lo es de condena, aunque introducida por la defensa, tiene siempre carácter subsidiario y carácter desfavorable.

En efecto la naturaleza favorable o contraria al acusado, de un hecho, conforme al art. 59.1 LOTJ, es una categoría objetiva, que puede independizarse de la consideración de si ha sido la acusación o la defensa quien lo ha introducido en el proceso. El hecho del que se derivaría un veredicto de condena es, por su naturaleza, contrario al acusado. Pero es que, además es un hecho en el que en la articulación secuencial lógica del veredicto, solo se entraría una vez excluidos aquellos que definirían la conducta más grave, la única subsistente, también acusatoria y también contraria al acusado, es la de menor entidad que, pese a haber sido introducida por la defensa, solo tiene vida como objeto posible del proceso en tanto en cuanto se mantiene una acusación que lleva implícita, y que como tal precisaría de 7 votos conformes para poder pronunciarse válidamente y en la que, igualmente, solo se entraría declarando la no culpabilidad por el hecho delictivo más grave que era objeto de la acusación.

En definitiva, se puede concluir que "toda proposición de la que resulte un título de imputación ha de formularse como desfavorable".

2) En cuanto al número de votos o mayoría necesaria para la declaración de "no probado" de un hecho contrario al acusado:

a) un sector doctrinal, con sólidos argumentos, partiendo del tenor literal del art. 59.1 LOTJ, excluye que de la falta de afirmación de un hecho como probado, se derive ineludiblemente que se decida tenerlo por no probado. Existe una tercera posibilidad **que no se alcance decisión**. De ahí que la norma haga referencia a que para ser declarados probados o no se requiere un número de votos. El art. 59.1 LOTJ, dice literalmente que: "los jurados votarán si estiman probados o no dichos hechos" y añade que "para ser declarados tales, se requieran siete votos, al menos, cuando fuesen contrarios al acusado, y cinco votos, cuando fuesen favorables". Se argumenta que "tales" es un predicativo de los hechos, y predica, en ese contexto, su carácter de probados o de no probados. Y "favorable" o "desfavorable" es un atributo de los hechos cuya existencia se erige en referencia para determinar el número de votos que se exige para que exista decisión pero es indiferente el sentido de la resolución para fijar la mayoría necesaria al número de votos debe ser el mismo en relación con dichos hechos si el resultado es declararlos probados como es declararlos no probados.

Sostienen, en definitiva que el antecedente del pronombre "tales" no se limita a "probados", sino que, en principio, se extiende a "probados o no" con lo que gramaticalmente, parece que la declaración de que no está probado un hecho contrario al acusado, requeriría también siete votos.

b) No obstante esta Sala casacional en STS. 2199/2001 de 18.2 en un supuesto análogo al presente desestimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, y la acusación particular que sostenían que de los arts. 59 y 61 de la LOTJ, debía llegarse a la conclusión de que, si el penado no alcanza la mayoría de 7 votos para dar por probado un hecho contrario al acusado, o la de 5, para entender probado un hecho favorable, para dar por no probados tales hechos se requerirá una votación en que se obtenga la misma mayoría, entendiendo que para dar por no probado un hecho contrario al acusado se necesitarán por tanto siete votos. Si no se consigna



la mayoría precisa para dar por probados los hechos y para darlos por no probados, procederá la devolución del acta del veredicto del Jurado, conforme previene el art. 63.1.c) de la LOTJ , y a la tercera devolución sin obtenerse las mayorías necesarias, se procederá a la disolución del jurado y a la repetición del juicio ante uno nuevo, según lo prevenido en el art. 65.1 de la LOTJ , por lo que las acusaciones recurrentes entendían que al no haberse obtenido los siete votos necesarios para no dar por probado el hecho principal, lo correcto hubiese sido que el Magistrado-Presidente hubiera devuelto el acta para que el hecho se hubiese sometido a nueva votación.

La referida sentencia no consideró vulnerado el art. 851.5 LECrim , porque se hubiese dado por no probada una proposición del objeto del veredicto desfavorable, partiendo de que votaron estimando probado el hecho reflejado en tal propuesta seis jurados y otros tres en el sentido de no estima probado el hecho.

La Sala estimó ajustados a la lógica los razonamientos de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal superior de Justicia de Madrid, en su Fundamento tercero, para entender que la repetida proposición no había sido probada. Efectivamente, según lo argumentado en la sentencia del Tribunal Superior, al señalarse en el ap. 1 del art. 59 de la LOTJ . que "Para ser declarados tales, se requieren siete votos, al menos cuando fuesen contrarios al acusado, y cinco, cuando fuesen favorables", el Legislador se está refiriendo a lo hechos tenidos por probados, y no a los tenidos por no probados, puesto que no resultaría coherente que se exigiese más mayoría para dar por no probado un hecho desfavorable para el acusado, que para dar por no acreditado un hecho que le pueda beneficiar.

De los términos del apartado 1 del art. 59 de la LOTJ , hay que concluir que si no se alcanza el "quorum" para dar por probados los hechos contrarios o favorables, tales hechos habrán de estimarse improbados. Por ello, como el hecho A", de cuya apreciación se derivaría la aceptación de la agravante de ensañamiento, era claramente desfavorable, exigía para ser estimado como probado la concurrencia de siete votos, y como sólo obtuvo seis, la consecuencia es que el hecho no fue declarado probado por el Jurado, por lo que el Magistrado Presidente procedió correctamente al no devolver el acta y dictar sentencia de conformidad con el resultado de la votación.

Estima la Sala que no procedía en el supuesto enjuiciado el juego del art. 63.1 c) de la LOTJ ., que previene la devolución del acta del veredicto al jurado cuando no se ha obtenido en algunas de las votaciones la mayoría necesaria sobre la culpabilidad o inculpabilidad de los acusados o respecto de los hechos delictivos, puesto que la culpabilidad de Patricio por el delito de homicidio se habría aprobado por unanimidad, según refleja el acta de votación, al folio 106, y los hechos delictivos del objeto de veredicto declarados probados, el A1, el B3 y el C5, lo habían sido con la mayoría necesaria, al obtenerse unanimidad en la votación. Respecto a lo hechos A2 y C4, no se declararon probados, porque en la votación de los mismos no se alcanzó la mayoría precisa. Así se refleja en el acta del veredicto, obrante a los folios 105 a 110 del Rollo 20.002/99. Entiende la Sala que el art. 63.1 C) de la LOTJ . hubiera sido de aplicación, si los hechos A2 y C4 se hubiesen considerado probados, pese a no haber obtenido la mayoría necesaria de siete y cinco votos respectivamente. También hubiera procedido la devolución del acta si se hubiese declarado culpable o inculpable el acusado pese a no haberse votado una y otra opción por siete y por cinco votos, según lo prescrito en el art. 60 de la LOTJ .

c) Ciertamente esta interpretación ofrece la chocante consecuencia de que la decisión de un órgano colegiado pueda adoptarse por minoría de sus miembros, tal como puso de relieve la STS. 1276/2004 de 11.11 . De ahí la necesidad de fórmulas que impidan que 3 ó 4 jurados puedan obligar a rechazar la acusación obligando al Jurado a declarar no probado el hecho imputado que 5 ó 6 de los jurados estiman probado, o que 3 o 4 puedan impedir la absolución, dado que el hecho principal desfavorable no se declararía no probado.

Por ello otro sector doctrinal se inclina por considerar que para declarar como no probado un hecho desfavorable basta la mayoría absoluta de cinco votos, entendiendo que en la expresión legal "para ser declarados tales", el desafortunado "tales" hace las veces de "probados" que es el único referente expreso anterior, de modo que las mayorías de 7 y 5 votos que a continuación se establecen se exigen para la declaración como probados de los hechos desfavorables y favorables, respectivamente; mientras que para la declaración como no probados no hay una regla expresa en el precepto y la necesidad de 5 votos, en todo caso se remite a la lógica inherente al carácter colegiado del órgano decisorio y al número de sus miembros. En apoyo a esta tesis existen los siguientes argumentos:

a) con independencia de cual fuese la intención del legislador, lo cierto es que gramaticalmente resulta demasiado forzoso que "tales" sustituya a "probados o no probados". Según el DRAE el adjetivo "tal" aplicase a las cosas indefinidamente, para determinar en ellas lo que por su correlativo se denota", por lo que no resulta aceptable un uso en que "tales" tengan un correlativo doble y contradictorio, de modo que implique a la vez cosas opuestas.



b) no hay razón que permita entender que la declaración como no probado de un hecho desfavorable haya de exigir una mayoría más rígida de la exigida para la declaración como probado de un hecho favorable, cuando ambas decisiones tienen el mismo sentido por reo. El hecho favorable, además, puede revestir mucho más trascendencia que el desfavorable, destacándose por la doctrina que resultaría absurdo que se exigieran siete votos para declarar que no concurrieron los presupuestos de una agravante, que puede carecer de practicidad penológica si concurre con una atenuante, y solo cinco para declarar probado la legítima defensa.

c) no existe razón que para declarar no probado el hecho principal de la acusación se requieran 7 votos y para pronunciarse el correlativo veredicto de no culpabilidad solo cinco. No tendría tampoco sentido que conforme al sistema legal de mayoría, un veredicto de no culpabilidad emitido por 5 ó 6 votos, subsecuente a la consideración de no probado del hecho principal, fuera válido conforme al art. 60.2 y sin embargo no fuera posible llegar a emitirlo porque se estimase que tal mayoría no era suficiente para declarar no probado el hecho y por consiguiente, para un veredicto válido sobre los hechos.

No vale decir que el Jurado sólo entrará en el veredicto sobre culpabilidad después de decidir el veredicto sobre los hechos, porque la contradicción a que alude no es lógica, sino axiológica.

d) el único fundamento plausible de la doble regla de decisión estriba en que no puede exigirse el mismo grado de convicción y anuencia cuando se trata de emitir un veredicto inculpatario más allá de toda duda razonable que cuando el veredicto ha de sustentarse precisamente en ésta o en la apreciación de circunstancias favorables al acusado, pero este fundamento conduce directamente a que la regla decisoria haya de ser la misma para declarar probado un hecho favorable que para declarar no probado un hecho desfavorable.

e) no puede decirse que la exigencia de 7 votos para la declaración como no probados de los hechos desfavorables responda al declarado propósito del legislador de compensar la posible "orientación al veredicto" del Jurado, pues dicha orientación resulta, entre otras cosas de la propia existencia de una doble regla de decisión y una regla como la que se discute no haría probablemente sino reforzarla, tan pronto los jurados advirtieran que existe en el tribunal una mayoría simple favorable al acusado.

Y no cabe duda de que la declaración expresa que no está probado un hecho contrario le es favorable.

Postura ésta que prevaleció en el reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 13.3.2013, sobre interpretación del art. 59.1 LOTJ, que adoptó el siguiente acuerdo: "MAYORÍAS NECESARIAS PARA ALCANZAR UN VEREDICTO EN EL PROCESO DEL JURADO:

a) PARA DECLARAR PROBADO UN HECHO DESFAVORABLE SERÁ NECESARIO EL VOTO DE, AL MENOS, SIETE JURADOS.

b) PARA DECLARAR NO PROBADO EL HECHO DESFAVORABLE SON NECESARIOS AL MENOS, CINCO VOTOS.

c) SI NO SE ALCANZA ALGUNA DE ESAS MAYORÍAS, NO HABRÁ VEREDICTO VÁLIDO Y HABRÁ QUE OPERAR EN LA FORMA PREVISTA EN LOS ARTS. 63 Y 65 LOTJ (SUPUESTOS DE SEIS O CINCO VOTOS A FAVOR DE DECLARAR PROBADO EL HECHO DESFAVORABLE).

d) PARA DECLARAR PROBADO EL HECHO FAVORABLE ES NECESARIO EL VOTO DE CINCO JURADOS. EL HECHO FAVORABLE SE CONSIDERARÁ NO PROBADO POR EL VOTO DE CINCO JURADOS.

En el caso presente los hechos 1 a 5, 10, 14 y 18 que tenían la consideración de desfavorables fueron declarados no probados por 5 a 4, esto es dentro de la mayoría: del apartado b) por lo que no se aprecia la vulneración denunciada.

SEGUNDO: El motivo segundo, art. 851.1 LECrim, quebrantamiento de forma al existir manifiesta contradicción entre los hechos probados por lo que debió procederse a la devolución del acta al Jurado, al amparo de lo establecido en el art. 846 bis c) apartado 1 LECrim.

Se denuncia la contradicción entre los hechos declarados probados respecto del hecho objeto del veredicto 14.A y el hecho 16, ambos relativos a la adquisición de prendas de ropa en el establecimiento Milano por parte de Octavio.

El Jurado declaró no probado el hecho 14.A (hecho desfavorable por 5 votos contra 4) atinente a los regalos recibidos por el acusado Octavio de la tienda Milano, y al mismo tiempo declaró probado el hecho 16, según el cual el acusado pagó estos regalos.

Resulta contradictoria la segunda afirmación con la primera pues si no recibió ningún regalo, tal y como declaró el Jurado al considerarlo no probado (hecho 14.A) no pudo pagarlo, porque no se paga lo inexistente.

El motivo deviene improsperable.



1) Como la jurisprudencia ha recordado en sentencias 121/2008 de 26.2 , 754/2007 de 2.10 y 253/2007 de 26.3 , la esencia de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resultan incompatibles entre si, de suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 259/2004 de 4.3).

La doctrina jurisprudencial reiterada 717/2003 de 21.5, 2349/2001 de 12.12, 776/2001 de 8.5, 1661/2000 de 27.11, señala para la prosperabilidad de este motivo los siguientes requisitos:

a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trata de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconocible y antitético y no de una mera contradicción ideológica o conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos sí la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada.

b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma no pueda subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato. Por ello la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre si, e insubsanable, de forma que no puede ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato.

c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, esto es, no puede ser denunciada la contradicción que se advierta o crea advertirse entre el *factum* y la fundamentación jurídica de la resolución. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del Fundamento Jurídico que tengan su indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre los fundamentos fácticos tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.

d) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma. Por ello debe ser esencial, en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la material exclusión de los elementos contradictorios, origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

En definitiva, como decíamos en la STS. 1250/2005 de 28.10 "como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de *contrarios con la consiguiente destrucción de ambos*, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas".

Pues bien en el caso que no ocupa la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, constituido en la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por razón de aforamiento - recurrida directamente en casación sin la previa apelación prevista en el art. 846 bis) LECrim . - en los hechos probados de conformidad con el veredicto del Jurado, referidos al acusado Octavio , estableció:

"El acusado D. Octavio pagó las prendas que le fueron confeccionadas en Milano Difusión SA.

El acusado D. Octavio nunca encargó trajes en Forever Young ni recibió prendas de este establecimiento.

El acusado D. Octavio es no culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Diputado en las Cortes Valencianas".

Resulta evidente la inexistencia de contradicción alguna en tal relato fáctico al referirse a dos establecimientos distintos, en uno de ellos, Milano Difusión SA, pagó las prendas, y en otro, Forever Young, ni encargó ni recibió prenda alguna. Siendo así estos pronunciamientos no son contradictorios, no se oponen uno a otro y no existe incompatibilidad entre ambos.

Los recurrentes articulan la denunciada contradicción no entre los distintos apartados del hecho probado sino entre dos proposiciones del objeto del veredicto -hecho 14-A y hecho 16- que como tales no forman parte del relato fáctico de la sentencia, sino del "antecedente de hecho" 11 que reproduce el objeto del veredicto que fue sometido al Jurado para su deliberación, lo que en puridad constituye uno de los supuestos previstos en el art. 846 bis c) a) LECrim , como motivo del recurso de apelación, remedio impugnatorio que debe admitirse en esta vía casacional, al no haberse podido utilizar por la parte recurrente, al tratarse de aforados, cuyo fuero especial imposibilita tal recurso.



Siendo así se objeta, por la representación procesal de Octavio que en el trámite de audiencia, prevenido en el art. 53 LOTJ, en relación al objeto del veredicto, debió la parte formular la protesta a los efectos del recurso que haya lugar contra la sentencia, sin que por los hoy recurrentes se hiciera constar contradicción alguna entre los hechos 14-A y 16.

Esta argumentación necesita ser matizada. Como decíamos en SSTs. 264/2005 de 1.3, y 1145/2006 de 23.11. El art. 846 bis c) a) establece que la admisibilidad de la apelación por dicho motivo (quebrantamiento en el procedimiento o en la sentencia de las normas y garantías procesales) queda subordinada a que la parte recurrente haya formulado "la oportuna reclamación de subsanación" (art. 846 bis c) letra a) apartado 1) y en caso de ser desestimada la misma, la correspondiente protesta (art. 846 bis c) in fine) requisitos ambos cuya regulación es ciertamente confusa. Desde luego, si la infracción de normas y garantías procesales se produce en la sentencia, al no existir en la primera instancia ningún trámite posterior al de su notificación a las partes, los citados requisitos no podrán ser cumplimentados por éstas y, por tanto, tampoco podrá ser exigida su formalización previa en orden a la admisión del recurso de apelación.

Tanto la "reclamación de subsanación" como la "protesta" tienen por finalidad común la de alertar al órgano judicial sobre la existencia de la infracción de alguna garantía o norma procesal acaecida a lo largo del pronunciamiento, distinguiéndose en que, mientras la primera, como su propio nombre indica, posibilita que el órgano judicial reaccione ante dicha reclamación y subsane la indefensión denunciada, la segunda, en cambio, se limita a producir el mero efecto formal de dejar constancia de una queja de la parte procesal, a los solos efectos del ejercicio de un futuro y eventual medio de impugnación.

La reclamación de subsanación plantea, además, el problema adicional consistente en determinar cuando la misma resulte imprescindible, puesto que el apartado a) del art. 846 bis c) LECrim. tras requerir su formulación con carácter general, añade, sin embargo, que ésta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un Derecho Fundamental constitucionalmente garantizado.

Este enunciado es contradictorio porque, por una parte, la norma determina que cualquier infracción de normas y garantías procesales precisa, para ser evidenciada en segunda instancia, haber causado indefensión y por otro lado, la prohibición de "indefensión" constituye, como es sabido uno de los Derechos Fundamentales consagrados en el art. 24.1 CE.

Por lo tanto, si la infracción procesal genera "indefensión" al mismo tiempo ocasiona ineludiblemente la lesión del art. 24.1 CE, con lo que se manifiesta una evidente contradicción en la norma.

Y por último, en los casos en que no sea necesaria la previa reclamación de subsanación, si debe serlo la protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada, dado que el último párrafo del art. 846 bis c) no contempla excepción de ningún tipo en dicha exigencia.

En el caso presente, hemos de partir que uno de los supuestos que el propio art. 846 bis c) a) contempla como quebrantamiento de las normas y garantías procesales es defecto en la proposición del objeto del veredicto, siempre que de ello se derive indefensión, y no podemos olvidar que dada la trascendencia del trámite que señala el objeto del veredicto, el Legislador no ha excluido a las partes, muy al contrario, les ha otorgado una importante intervención, haciéndoles igualmente responsables de su contenido, en cuanto tiene conferido el derecho a participar en su redacción definitiva mediante la oportuna audiencia. Así se plasma en el art. 53.1 LOTJ. pudiendo las partes solicitar las inclusiones y exclusiones que estimen pertinentes y pudiendo formular protesta respecto a las peticiones que les fueran rechazadas. Es decir, que las partes asumen junto con el Magistrado Presidente ante el Jurado, una función de colaboración para incluir en el objeto del veredicto todos los elementos que pueden influir en la decisión que ha de tomar el Jurado al declarar los hechos probados de dicho veredicto. Esta función se debe cumplir, como ya se ha indicado, pidiendo inclusiones y exclusiones en el objeto del veredicto, lo que supone que también pueden pedir aclaraciones en la redacción para evitar contradicciones. Por ello parece evidente que las partes no pueden guardar silencio cuando adviertan que en el objeto del veredicto se incurre en algún defecto, para luego dictada la sentencia y advertido el tenor de la misma pretender la nulidad de lo actuado con repetición del juicio oral. La doctrina más autorizada considera que la Ley, con muy buen criterio, parte de que los defectos que pueden subsanarse en la instancia deben quedar subsanados en la misma y de que no puede resultar favorecido por la nulidad, bien quien contribuyó a ella, bien quien pudo evitarla y no lo hizo. La exigencia de protesta previa no es un mero requisito de forma del que pueda decirse que cabe incurrir en formalismo, si se exige su aplicación con rigor técnico, es un requisito que hace al correcto desarrollo del proceso, pretendiendo evitar declaraciones de nulidad que hacen desmerecer en el concepto público la sentencia.

Por tanto -dice la STS. 14.10.2002 - no habiéndose rechazado petición alguna de modificación del objeto del veredicto ninguna indefensión pudo ocasionársele a una redacción del objeto del veredicto a la que por la extemporánea vía del recurso de apelación pretende.



4) Ahora bien en el caso presente no se dice en la sentencia que no estén probados los "regalos", y al mismo tiempo que se hayan pagado los regalos, sino que en el hecho 14-A se recogía que Octavio recibió, al menos los siguientes regalos:

A) entre enero y agosto 2006, cuatro trajes, tres pantalones y dos americanas por importe de 5.150 E, adquirido en "Milano Difusión SA". Y en el hecho 16 que Octavio pagó las prendas que le fueron confeccionadas en Milano Difusión SA.

Hechos que no suponían contradicción alguna por cuanto el Jurado podía declarar no probado el hecho 14-A y declarar probado el hecho 16, como así ocurrió, al no existir contradicción entre ellos, dado que el último no se refería a "regalos" sino a prendas que le fueron confeccionadas y que fueron pagadas por el acusado, lo que excluye la idea de regalo. Según el DRAE "regalo" se refiere a una cosa que se da gratuitamente. A tenor de la STS. 13.6.2008, la expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo (art. 426), es bien elocuente del deseo del legislador de despejar cualquier duda acerca de la innecesidad de su significado retributivo -es algo que se da gratuitamente por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al receptor.

Siendo así la protesta del art. 53 LOTJ no era necesaria y como el Jurado declaró no probado el hecho 14-A y probado el 16, no hubo tampoco contradicción alguna, que solo se hubiera producido si se hubiesen considerado probadas ambas proposiciones.

5) Por ello los recurrentes, en el escrito de oposición a la inadmisión del recurso concretan la contradicción en la motivación del veredicto del Jurado, en las razones aducidas para no declarar probado el hecho 14-A "no existe documentación en la causa relativa a la confección -donde se identificaría la prenda y el cliente-. No se puede constatar la confección de dichas prendas y su correlación con los tickets de venta". Por tanto si lo que declara como no probado es la confección de prendas, no se puede a continuación declarar probado que Octavio pagó las prendas según declaración ante Notario de Ana Orts Sánchez (hecho 16).

Pretensión que no puede ser aceptada.

En primer lugar, la parte recurrente altera los términos del debate en un momento procesal, art. 882 LECrim, extemporáneo. Así en la articulación y desarrollo del motivo centró la contradicción en los siguientes términos (Pág. 13 recurso):

"En el veredicto del Jurado se observa tanto una contradicción interna como externa sobre elementos esenciales, manifiesta, absoluta e insubsanable como a continuación se expondrá.

El Jurado declara como no probado el hecho Decimocuarto A (hecho desfavorable por cinco votos contra cuatro) atinente a "los regalos recibidos" por el acusado Octavio de la tienda Milano y al mismo tiempo declara probado el hecho Decimosexto según el cual el acusado " ha pagado estos regalos".

Resulta meridianamente contradictoria la segunda afirmación con la primera "pues si no recibió ningún regalo tal y como ha declarado el Jurado al considerarlo no probado (hecho 14 A) no pudo pagarlo, porque no se paga lo inexistente".

Y ahora ya no trata de establecer la contradicción entre regalos y pago de regalos, sino prendas no confeccionadas y prendas pagadas lo que considera terminológica y materialmente imposible.

En segundo lugar, con independencia de que la devolución del acta del veredicto del Jurado cuando los pronunciamientos sean contradictorios entre si, es una atribución exclusiva del Magistrado Presidente, sin que las partes intervengan en el acuerdo de devolución, dado que de la redacción del art. 63, regulador de la devolución del acta al Jurado y del art. 53 regulador de la audiencia a las partes, se desprende que esa previa audiencia y la posibilidad de protesta solo es posible si el Magistrado Presidente acuerda la devolución del acta al Jurado, pero no hay previsión normativa que permita la audiencia, la reclamación y en su caso, la protesta, cuando el Magistrado Presidente acepta el acta del Jurado -por no apreciar contradicción- y procede a convocar a las partes para su lectura por el portavoz del Jurado (art. 62 LOTJ)-, la contradicción a que se refiere el apartado d) del art. 63, debe ser entre los diversos pronunciamientos del Jurado sobre los hechos objeto del veredicto no entre la motivación o argumentos de hecho o de derecho que los sustentan, sin olvidar que ni siquiera esta contradicción estaría acreditada pues una cosa es que el Jurado considere que, respecto a las prendas concretas a que se refiere el hecho 14-A no existe documentación acreditativa de su confección y otra que el acusado no hubiera podido pagar otras prendas del mismo establecimiento.

TERCERO: El motivo tercero por infracción de precepto constitucional, art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del derecho a un procedimiento con todas las garantías y el derecho a un juicio con todas las garantías (proceso debido) al amparo de lo establecido en el art. 24.1 y 2 en relación con el art. 9.3, ambos de la Constitución Española,



al detectarse en el veredicto una manifiesta ausencia de motivación, y de otra una clara defectuosa y errónea valoración del proceso motivacional tenido en consideración para integrar el hecho probado o no probado, dado que el Jurado, a tenor de la jurisprudencia que cita, no podía simplemente limitarse a recoger e enunciar los medios de prueba, que no elementos de convicción, sino a un análisis de la prueba relevante practicada explicitando el porqué aceptaba una y rechazaba otra, y nada de esto se observa en el acta del veredicto que se limita a una mera enunciación en unos casos, y en otros a unas defectuosas sucintas "razones".

El desarrollo y contenido del recurso hace necesario efectuar unas previas consideraciones:

1ª) Que es preciso recordar la doctrina reiterada de esta Sala, por todas SSTS. 599/2012 de 11.7 , 10/2012 de 18.11 , 1377/2011 de 23.12 , en la medida de que la tutela judicial efectiva, desde el prisma de la parte acusadora, sólo se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante, esto es, que la tutela judicial efectiva la concede el Texto Constitucional in genere y que, por ello, no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Por ello, debe señalarse que no existe un derecho constitucional a obtener la condena penal de otra persona que pueda esgrimirse frente al Legislador o frente a los órganos judiciales SSTC 199/96 de 3.12 , 41/97 de 10.3 , 74/97 de 21.4 , 67/98 de 18.3 , 215/99 de 29.11 , 21/2000 de 31.1).

En esta dirección la sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19.5.2004 , precisa que el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva no incorpora el derecho a la condena del acusado en virtud de la acción penal planteada sino que, como hemos recordado de forma reiterada, este derecho tiene un contenido complejo que incluye el derecho a acceder a Jueces y Tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la Ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión (SSTS. 3.10.97 , 6.3.97).

Asimismo el Tribunal Constitucional al analizar el control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra sentencias absolutorias, en sentencias 45/2005 de 28.2 , 145/2009 de 15.6 , ha recordado que la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona (por todas SSTC. 157/90 de 18.10 , 199/96 de 3.12 , 215/99 de 29.11 , 168/2011 de 16.7), sino que meramente es titular del ius ut procedatur, es decir del derecho a poner en marcha un proceso, substanciando de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas STC. 120/2000 de 10.5), que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC. 31/96 de 27.2 , 16/2001 de 29.1) y que no se agota en un mero impulso del proceso o mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC. 218/97 de 4.12 , 138/99 de 22.7 , 215/99 de 29.11), y, por consiguiente, el análisis y la declaración de vulneración de los derechos procesales invocados es ajeno a la inexistencia de un derecho de la víctima del proceso penal a la condena penal de otro y ha de efectuarse tomando como referente el canon de los derechos contenidos en los artículos 24.1 y 2 C .E. ". Por ende la función de este tribunal se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el ius ut procedatur del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las Leyes en vigor reconocen. Supuesto este en que si es posible declarar la nulidad de la sentencia penal absolutoria al haber sido dictada en el seno de un proceso penal substanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso, respetando en él las garantías que le son consustanciales (SSTC. 215/99 de 29.11 , 168/2001 de 16.7), o en fin, por poder incurrir la sentencia absolutoria en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, no satisfaciendo así las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (STC. 45/2005 de 8.2).

2º) Que en cuanto a la motivación de las resoluciones del Tribunal del Jurado, SSTS. 1046/2005 de 13.9 , 1240/2000 de 29.6 , y 960/2000 de 29.5 , ya declararon que: " la motivación de la sentencia se integra como un requisito esencial de toda resolución judicial. A través de la necesaria motivación no sólo se va a satisfacer la necesaria tutela judicial efectiva, explicando las razones que llevan al Tribunal sentenciador a dictar la resolución, sino que va a permitir al Tribunal Superior, en virtud de la impugnación, que pueda comprobar la lógica y la racionalidad de la función jurisdiccional. Ambas direcciones de la motivación tienen como destinatario el ciudadano que requiere la actuación judicial, y el pueblo del que emana la Justicia. Además, a través de la motivación, el propio Tribunal de instancia podrá comprobar, a manera de autocontrol jurisdiccional, si el ejercicio de esa función responde a los presupuestos legales que permite la adopción de la resolución, pues



la exteriorización de la decisión, a través de la motivación, permite la comprobación de la concurrencia de los presupuestos de la aplicación de la norma penal. (STS 1658/99 de 15 de noviembre).

En esta exigencia hemos de distinguir, de una parte, la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho, o motivación de la subsunción, cuyas exigencias son distintas. La motivación sobre los hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que ha percibido la prueba con la intermediación derivada de la práctica de la prueba. En este sentido la STS. 12.3.2003 declara que en el caso de juicios con jurado, la decisión en materia de hechos incumbe exclusivamente a éste, y con la decisión, también al deber de motivar ex art. 120.3 CE . La Ley, (art. 61.1 d)) precisa ese imperativo exigido a los jurados que fijen los "elementos de convicción" y que *expliquen* de forma *sucinta* "las razones" por las que entienden que determinados hechos han sido o no probados. *La imputación, el "thema probandum"* propuesto por la acusación, por lo general, no se prueba de una vez, ni conjuntamente en todos sus extremos, ya que el resultado de los diversos medios probatorios puestos en juego, suele verter sobre los distintos elementos o aspectos de aquél, que, por lo común, describe una conducta con diferentes segmentos de acción, es decir, más o menos compleja.

Y, por otro lado, de los medios de prueba suelen obtenerse contenidos informativos no siempre unívocos, ni rigurosamente coincidentes, a los que quepa remitirse de manera global y sin matices. Esto hace necesario que los tribunales identifiquen con algún detalle los elementos de prueba obtenidos de cada una de las fuentes de prueba examinadas, y precisen las razones de asignarles algún valor probatorio....La identificación de los *elementos de convicción* ha de darse con el imprescindible detalle y no ser meramente ejemplificativa; y la explicación de "las razones" puede ser sucinta, o sea, breve, pero debe producirse sin dejar duda de que las mismas existen como tales y están dotadas de seriedad suficiente.

Ahora bien, la motivación de la sentencia del tribunal de Jurado viene precedida del acta de votación que constituye su base y punto de partida, en cuanto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los Jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

Por ello decíamos en STS. 1168/2006 de 29.11 la exigencia de motivación, en cuanto elemento que permite la inteligibilidad y el control de la racionalidad de la decisión, no desaparece ni se debilita cuando se trata de una sentencia del Tribunal del Jurado y por lo tanto, aunque no sea exhaustiva, debe ser suficiente para dar adecuada satisfacción a las necesidades que justifican su exigencia. (STS nº 2001/2002, de 28 noviembre), pues no se trata solo de un deber impuesto a los Tribunales, sino de un derecho de los ciudadanos, orientado de un lado a facilitar la comprensión de las decisiones judiciales y de otro a permitir su control a través de los recursos pertinentes.

En consonancia con esta última doctrina hay que puntualizar la dosis de motivación que debe asistir a las afirmaciones o negaciones del Jurado sobre la prueba de los hechos que constituyen el objeto del veredicto. La explicación sucinta de razones que el art. 61.1 d) de la Ley manda incluir en el correspondiente apartado del acta de votación, puede consistir en una descripción detallada, minuciosa y crítica de la interioridad del proceso psicológico que conduce a dar probados o no los hechos que se plasman en el objeto del veredicto. Esta opción, solo accesible a juristas profesionales, sobrepasa los niveles de conocimiento, preparación y diligencia que cabe esperar y exigir a los componentes del Jurado.

A esta postura se contraponen una posición minimalista de que estando al conjunto de las pruebas practicadas, el Jurado se abstiene de otras precisiones y así las cosas, declaraba probados unos hechos y no probados otros de la totalidad de los propuestos. Esta opción podría entenderse insuficiente porque al adoptarla sólo expresa que no se ha conducido el Jurado irracionalmente, ni ha atentado contra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Cabe finalmente una tesis razonable intermedia, en la que el Jurado, en la sucesiva concatenación de los hechos objeto del veredicto, individualiza las pruebas y cualesquiera otros elementos de convicción cuyo impacto psicológico le persuade o induce a admitir o rehusar la versión histórica de los respectivos acontecimientos.

Esta es la opción más razonable. Es cierto que, cuando se trata de sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional y por ello la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado sólo requiere en el art. 61.1 d) que conste en el acta de votación la expresión de los documentos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar como probados unos determinados hechos.



Siendo así, no es necesario que el Jurado haga una ponderación argumentada de los medios de prueba, sino que ponga en conocimiento del público, del acusado y, eventualmente del Tribunal que tenga facultades para revisar el fallo, los elementos que permitan juzgar sobre la racionalidad del juicio realizado, reconstruyendo el proceso mental que conduce a la condena. A tales efectos, dice la STS. 5.12.2000, basta con la enumeración de los medios de prueba de los que el jurado ha partido, pues con ello ya es posible comprobar la corrección o incorrección del juicio sobre los hechos ocurridos. Y en similar sentido la STS. 13.12.2001 " la exigencia del art. 120.3 CE debe ser necesariamente puesta en relación con las peculiaridades del Jurado. Un tribunal éste integrado por personas no sólo carentes de conocimientos jurídicos, sino, asimismo, inexpertas en el manejo de las habituales complejidades de un cuadro probatorio. De lo que resulta que si no es posible exigirle un juicio técnico, tampoco cabe esperar de él un análisis depurado de los distintos elementos de prueba y la razonada valoración sintética del conjunto. Es verdad que en estas afirmaciones se expresa algo en cierto modo contradictorio -dado el carácter general del deber de motivar (art. 120.3 CE)-, pero también lo es que ese ingrediente de contradicción está en la propia realidad procesal-institucional resultante de instauración del Jurado, cuyas particularidades imponen como inevitable, cuando de él se trata, la aceptación de un estándar de motivación de las resoluciones (art. 61 d) LOTJ) bastante menos exigente que el que rige para los demás tribunales. Así lo ha entendido esta sala, entre otras en sentencia 1240/2000, de 11 de septiembre, en la que se mantiene que el Jurado cumple el deber impuesto por el precepto que aquí el recurrente considera infringido mediante la enumeración de las fuentes de conocimiento tomadas en consideración, de forma que sea posible apreciar que la decisión tiene un fundamento razonable y no fruto de la mera arbitrariedad. Tal es lo que debe decirse en este caso y, por ello, el motivo debe igualmente rechazarse.....".

3ª) Que las sentencias absolutorias -hemos dicho en SSTs. 366/2012 de 3.5 y 599/2012 de 11.7, en relación con la constatación de la inexistencia de arbitrariedad o error patente, precisan de una motivación distinta de la que exige un pronunciamiento condenatorio, pues en estas últimas es imprescindible que el razonamiento sobre la prueba conduzca como conclusión a la superación de la presunción de inocencia. Como se decía en la STS nº 1547/2005, de 7 de diciembre, la necesidad de motivar las sentencias se refiere también a las absolutorias, "De un lado porque la obligación constitucional de motivar las sentencias contenida en los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución, así como en las Leyes que los desarrollan, no excluyen las sentencias absolutorias. De otro, porque la tutela judicial efectiva también corresponde a las acusaciones en cuanto al derecho a una resolución fundada. Y de otro, porque la interdicción de la arbitrariedad afecta a todas las decisiones del poder judicial, tanto a las condenatorias como a las absolutorias, y la inexistencia de tal arbitrariedad puede ponerse de manifiesto a través de una suficiente fundamentación de la decisión.

Sin embargo, no puede dejarse de lado que las sentencias absolutorias no necesitan motivar la valoración de pruebas que enerven una presunción existente a favor del acusado, contraria a su culpabilidad. Antes al contrario, cuentan con dicha presunción, de modo que en principio, para considerar suficientemente justificada una absolución debería bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación. O, si se quiere, para ser más exactos, de una forma que resulte comprendida en el relato acusatorio. Pues de no ser así, no sería posible la condena por esos hechos.

Esta idea ha sido expresada en otras ocasiones por la Sala Segunda. Así, se decía en la STS núm. 2051/2002, de 11 de diciembre, que «las sentencias absolutorias también han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de ser motivadas (art. 120.3 CE, 248.3º de la LOPJ y 142 de la LECrim), aunque no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar lo contrario. El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. Como se dijo en la S. 186/1998 recordada por la 1045/1998 de 23 de septiembre y la 1258/2001, de 21 de junio "la necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal es una consecuencia no sólo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia. No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el hecho que se relata, porque esto sólo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de la duda para que no sea posible la emisión de un juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución».

Y también en la STS núm. 1232/2004, de 27 de octubre, se puede leer que «de otra parte, su exigencia [la de motivar] será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por las que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo. En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda



sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia»".

En este sentido la STS. 5.2.2001 en su caso del tribunal de Jurado, recordó que "la duda... es por sí misma un fundamento suficiente de la absolución. El ciudadano sabe que la razón de la absolución es la duda, es decir la falta de convicción en conciencia del Tribunal y, por esta razón, la expresión de la duda tiene el valor de un fundamento jurídico hábil para sostener el pronunciamiento del Tribunal".

Estas afirmaciones, deben ser, sin embargo, matizadas -como advierte la STS. 1005/2006 de 11.10 -, hay que tener en cuenta que aunque la absolución se justifica con la duda, la proscripción de la arbitrariedad exige que ésta sea razonable. No, por lo tanto, cualquier clase de duda. Por ello, para entender suficientemente motivada una sentencia absolutoria es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado.

En este sentido, cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia añadida de algún dato o elemento, explícito o implícito pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación. Así podrá comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad.

En resumen la STS. 615/2010 de 17.6 , recuerda que: "A la vista, pues, del cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre la materia, se pueden extraer algunas ideas rectoras para el análisis de la suficiencia de cualquier veredicto pronunciado por el Jurado. La primera, que el deber de motivación impuesto legalmente al Jurado no puede desconectarse de la condición de sus integrantes como personas no técnicas en derecho, lo que obliga a admitir, siempre que así resulte posible, ciertos deslices conceptuales y una terminología, en ocasiones, no especialmente certera. En segundo lugar, que el nivel de exigencia ha de modularse de manera diferente en función de que el Jurado suscriba un pronunciamiento de culpabilidad o inculpabilidad, debiendo ser, en este último caso, menos riguroso, pudiendo bastar al respecto la expresión de dudas acerca de la autoría del acusado. Por otra parte , *no es necesario dar respuestas acabadas y absolutamente detalladas, sin que sea exigible al Jurado llevar a cabo un minucioso y exhaustivo análisis de toda la actividad probatoria desplegada por las partes.*

4º) En el caso presente los recurrentes pretenden cuestionar la valoración del Jurado en todos y cada uno de los hechos objeto del veredicto, desde una perspectiva totalmente subjetiva pretendiendo imponer su tesis inculpatoria frente a la exculpatoria del Jurado, con su personal e interesada formulación sobre cual y como debía ser la respuesta de cada hecho, analizando las distintas pruebas documentales, testificales y periciales, dando su propia versión de la prueba y aludiendo a supuestas contradicciones y errores formales en la designación de los folios, olvidando que la falta de racionalidad en la valoración de las pruebas determinante de la infracción de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la subjetiva y personal discrepancia de las acusaciones, postulando su particular valoración de las pruebas en función de un lógico interés sin evidenciar que la del Jurado era ilógica, absurdo o arbitraria, a modo de presunción de inocencia "invertida" o "al revés", entendiéndose que si la falta de prueba ha de conducir a la absolución, la existencia de una actividad probatoria de cargo practicada legalmente ha de llevar a la condena.

En efecto como hemos dicho en STS. 10/2012 de 18.1 la protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no otorga un derecho a la condena del imputado. Está fuera de dudas -decíamos en las SSTs 2586/2007, de 24 de abril y 1024/2007, 30 de noviembre - la capacidad de impugnación que asiste a la aparte acusadora para reaccionar frente a una sentencia absolutoria que no acoja la pretensión formulada. El derecho a la tutela judicial efectiva extiende su ámbito de protección a todas las partes en el proceso. Sin embargo, cuando lo que se pretende es la revocación de un pronunciamiento absolutorio, esgrimir el derecho a la presunción de inocencia supone una verdadera alteración funcional de su genuina dimensión constitucional. Dicho en palabras de la STS 1257/2000, 14 de julio -ratificadas por la STS 372/2002, 28 de febrero -, darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las que pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

También la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de reafirmar tal entendimiento del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, como razonaba la STC 141/2006, 8 de mayo , "el derecho a la presunción de inocencia es quizá la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho "sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo "uno de los principios



cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" (SSTC 138/1992, de 13 de octubre ; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso" (STS 41/1007, de 10 de marzo). Entre otros contenidos este derecho supone que "toda Sentencia condenatoria debe estar sustentada en pruebas de cargo válidas, validez que implica no sólo la conformidad de las mismas a la propia Constitución" (STC 11/1999, de 14 de junio (...) Al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997 , F.4), "tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" (STC 141/2006 , F. 3) o que demande la nulidad del relato fáctico de signo absolutorio porque el mismo sea consecuente a una valoración judicial carente de intermediación. Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio F4 ; 178/2001, de 17 de septiembre , F.3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues si son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que "el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso" (SSTC 41/1997, F.5 ; 285/2005, de 7 de noviembre F.4).

Aplicando la doctrina expuesta el motivo deviene improsperable.

- Así respecto al hecho primero objeto del veredicto: **PRIMERO.**- "Durante los años 2005 a 2008 Luis Manuel , Juan Francisco y Teofilo , movidos por un interés común y con el fin de ganarse la amistad, el mejor trato y el favor de algunos funcionarios públicos y autoridades con importantes responsabilidades en altas instituciones y organismos de la Comunidad Valenciana, realizaron las gestiones necesarias para hacer llegar a éstos de forma continuada y en consideración particular a la naturaleza y el rango de sus cargos determinados regalos para su uso personal, tales como trajes confeccionados a medida, calzado y otras prendas de vestir!.

El Jurado lo consideró no probado por:

"Consideramos que la relación entre Teofilo , Juan Francisco y Luis Manuel con los acusados era meramente comercial, por lo tanto no recibieron regalo alguno en consideración a su cargo.

Estas conclusiones han sido decididas por las declaraciones de Adela que afirma que la relación era meramente comercial, además de la declaración de los peritos, funcionarios de la Conselleria que también afirman que no tenían ningún tipo de influencia.

Los supuestos regalos no han quedado demostrados que se les hayan pagado a los acusados mediante el informe pericial que también afirma esta conclusión en el Tomo 4, folios desde 779 hasta su conclusión final".

Considera el motivo que el Jurado al manifestar que "no recibieron regalo alguno en consideración a su cargo se extralimitó por que la pregunta no hacía referencia a los acusados y además que no recibieron regalo alguno, los acusados tampoco era objeto del hecho que se les sometía a votación.

Queja inasumible, desde el momento en que los dos acusados tenían el carácter de autoridad y en la propia pregunta se hacía referencia a regalos de uso personal, y el juicio oral se concretó en su actuación sin que se practicara prueba en relación con el resto de autoridades y funcionarios de la Generalitat Valenciana.

A partir de este razonamiento los recurrentes analizan las declaraciones de la testigo Adela discrepando de la valoración que de su testimonio efectúa el Jurado, y de que no haya analizado otras testificales, todas las escuchas telefónicas y periciales practicadas, haciendo hincapié en la falta de racionalidad del Jurado al referirse en la pericial al Tomo 4, folio 779 hasta su conclusión final, y cuando la pericial conste en los folios 788 a 817.

Pretensión inaceptable conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta en los fundamentos jurídicos que anteceden: El Jurado ha individualizado los medios de prueba, fundamentalmente personales, las conversaciones telefónicas tienen ese carácter por más que figuran documentadas en su soporte sonoro o escrito (STS. 777/2009 de 24.6), y lo que se cuestiona es esa valoración del Jurado, olvidando que cuando se trate de pruebas personales su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la credibilidad que comprende a cada testigo es tarea atribuida al Jurado en virtud a la intermediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo casos excepciones en los que se aportan datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquel tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria (STS. 1582/2002 de 30.9).



Consecuentemente se han individualizado las razones de su no convencimiento sobre la realidad histórica de los hechos que conoció, sin olvidar que solo "la inexistencia" de motivación equivale a un defecto relevante en el procedimiento de deliberación y debate que hubiera justificado la devolución del acta de votación, art. 63.1 LOTJ, cuyas causas son restringidas y tasadas, inexistencia que no puede equipararse a motivación sucinta, pues como recuerda la STC. 27.1.94, la motivación significa la existencia de una argumentación ajustada a los temas en conflicto para comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional de la misma y no el fruto de la arbitrariedad. Mas ello, no conlleva una determinada exigencia de "extensión, elegancia, retórica, rigor lógico o apoyo científicos". La motivación, en suma, ha de ser suficiente, tal como aquí acontece para un Tribunal de Jurado formado por personas legas en conocimientos jurídicos.

- En cuanto al hecho SEGUNDO.- Esos objetos eran adquiridos en establecimientos de las firmas "Milano Difusión SA" y "Forever Young" abiertos al público en Madrid, y se facturaban, según los casos, a las sociedades, "Diseño Asimétrico SL", "Servimadrid Integral SL" y "Orange Market SL", todas ellas vinculadas a Alexis y gestionadas por Teofilo, las cuales pagaban las correspondientes facturas y tickets de caja, bien en efectivo, o mediante transferencia o entrega de cheques".

El Jurado lo consideró no probado por:

"no hay ningún documento mercantil que acredite pagos de las prendas que se les imputa a los acusados. Nos basamos en las declaraciones de Adela (DVD 4) en la que no puede afirmar que los acusados fueran destinatarios de esas prendas.

Así mismo, nos basamos en las contradicciones de las declaraciones de D. Constancio realizadas en las fechas (23.1.2009, 19.2.2009, 10.2.2009, 11.2.2009, y 13.3.2009) que entra en contradicción por lo tanto, al haber duda, aplicamos la condición más favorable tal y como establece la Ley, para los acusados.

Además en el informe del Tomo 2 y 3 de los peritos aportados por Fiscalía y defensa, coinciden en que no se pueden relacionar al 100%, que la documentación acredite los pagos de las prendas".

Los recurrentes, de nuevo, se limitan a cuestionar los medios de prueba y convicción del Jurado, insistiendo en la valoración arbitraria en la testifical y en relación a las contradicciones de las declaraciones de Constancio que no distinga entre las prestadas ante Fiscalía, Policía y Jurado, olvidando que el Jurado antes el distinto contenido de esas declaraciones expresa sin duda y aplica, sin decirlo expresamente, el principio in dubio pro reo, que hoy en día la jurisprudencia admite forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación, justificándose en aquellos casos en los que -como en el presente- el tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (SSTS. 1125/2001 de 12.7, 836/2004 de 5.7, 1051/2004 de 28.9, 1145/2006 de 23.11).

Y respecto a la crítica de que Jurado sustente su convicción en el informe de los peritos del tomo 2 y 3 aportado por Fiscalía y defensa que a su juicio coinciden en que no se puede relacionar al 100% que la documentación acredite los pagos de las prendas, apoyándose en que en los tomos 2 y 3 no aparecen tales prendas, ello no deja de ser un mero error material que no implica, por sí sola, una interpretación arbitraria o desidia falta de rigor en la valoración de las pruebas por los Jurados.

- Por lo que atañe al hecho 3º " **TERCERO.** - "Previamente, personal de estos establecimientos contactaba con los interesados y realizaba las mediciones necesarias para calcular sus tallas.

Finalmente las prendas y demás objetos se entregaban a sus destinatarios en Valencia, bien en sus propios domicilios, bien en la sede de la sociedad

"Orange Market SL" o en el domicilio de Juan Francisco, quien participaba directamente en la administración de la mercantil Orange Market SL."

El Jurado consideró el hecho no probado por:

"No queda probado según la declaración de Marisa, representante de la empresa Transser, que no puede afirmar que los bultos fueran destinados a los acusados y que éstos incluyeran las prendas de vestir que se les atribuyen, como consta en la declaración del 19.12.2011 (DVD5).

Los recurrentes consideran tal respuesta parcial y por tanto insuficiente e inconsistente. Queja inatendible pues si se considera no probada la entrega de las prendas a sus destinatarios resulta innecesario aclarar si las mediciones existieron o no, al no concretarse en la entrega de prenda alguna con la finalidad plasmada en el hecho 1º de obtener un trato de favor.

- Por lo que se refiere al hecho cuarto: **CUARTO.** - " Entre los destinatarios de esos regalos figura, el acusado D. Mateo, quien, recibió, al menos, los siguientes regalos por un importe total de 13.121,5 €:



4º A).- Entre finales de 2005 y septiembre de 2006, tres trajes y tres americanas por importe de 4.700 € adquiridos en "Milano Difusión SA".

4º B).- Entre finales de 2006 y julio de 2007, cinco trajes y tres pares de zapatos por importe de 5.393,5 € adquiridos en "Forever Young".

4º C).- A finales de 2007 cuatro corbatas por importe de 348 € adquiridas en "Forever Young".

4º D).- Con anterioridad al 8 de octubre de 2008, dos trajes, una americana y un par de zapatos por importe de 2.680 € adquiridos en "Forever Young".

El Jurado consideró el hecho no probado por:

"En el punto A, según el informe de los peritos (tomo 4, folios desde 779 en adelante, hasta su conclusión final) señalando en reiteradas ocasiones que al no existir documentación en la causa relativa a la confección (donde se identificaría la prenda con el cliente) no se puede constatar la confección de dichas prendas y su correlación de tickets de venta.

-En el punto B, según el papel, que no documento mercantil del tomo 2, folio 513, dado que no consta como documento mercantil, carecen de credibilidad y son totalmente inconsistentes y no habiendo podido demostrar la autoría del papel, desestimamos el mismo y a su vez si que hemos tenido en cuenta al igual que en el punto "A" el informe pericial.

-En el punto "c" según el mismo informe pericial no se puede constatar la correlación de dichas corbatas con el acusado.

-En el punto "D", según el mismo informe del punto "A" no se puede constatar la confección de dichas prendas, ni la correlación con los zapatos adquiridos por el acusado.

Los recurrentes censuran esta convicción por resultar arbitraria por ausencia de motivación al no resultar suficiente la enumeración del medio de prueba e insiste en la inexactitud de la cita de los folios y tomo del informe pericial, lo que denota falta de cuidado y atención e incluso apuntan a que el informe pericial no fue examinado.

A continuación señala el carecer fragmentario de la pericia a que hace mención el Jurado, destacando como otros acusados sobre los que el informe contenía manifestaciones del mismo tenor, se conformaron con los hechos y con la correlación entre la confección de las prendas y los tickets de venta, y en relación al apartado A como, con sencillas operaciones matemáticas puede llegarse a la conclusión de la entrega de tres trajes y tres americanas a Mateo que se corresponden con las prendas contenidas en los tickets NUM003 y NUM004 -

En el punto B critica la no consideración de documento al papel, obrante al folio 503 del tomo II, cuando tiene un reflejo marcadamente mercantil desde el momento en que el importe que figura en dicho documento obra en un apunte contable de una de las sociedades del Grupo Correa.

En cuanto al punto C, sobrepasando lo que debe ser una crítica a la labor de los Jurados, considera que no es que el Jurado haya llegado a una valoración irracional, sino que se la ha inventado, dado que el informe pericial no dice que no se pueda constatar la correlación entre las corbatas y el acusado, sino que no puede pronunciarse sobre ese extremo.

Y por último en el punto D, critica que el Jurado no haya valorado la documental aportada por el administrador de Castellana de Inmuebles y Locales, en el acto del juicio oral, en la que se relacionan los tickets de venta y tickets de pago con la transferencia de los 4040, no efectuada por Orange Marka.

Criticas que lo que ponen de manifiesto no es la arbitrariedad o falta de motivación del Jurado, sino una disconformidad con la valoración de las pruebas, pretendiendo una revisión de las mismas. Criticas, que lo que ponen de manifiesto no es la falta de motivación o arbitrariedad del Jurado, sino la disconformidad con su valoración de las pruebas, pretendiendo una revisión de la misma incluso con razonamientos jurídicos sobre la consideración o no de documento a una nota apócrifa frente al informe pericial valorado por el Jurado y de cuyas conclusiones no se aparta:

En relación al hecho 5: **QUINTO**-. "El acusado D. Mateo aceptó esos regalos sabedor de que le eran entregados en reiterada consideración al cargo público de Presidente de la Generalitat que ejercía entonces y desde el que podía tomar decisiones o desplegar su personal influencia sobre determinadas materias en relación con las cuales Luis Manuel , Juan Francisco y Teofilo mantenían importantes intereses económicos".

El Jurado consideró no probado el hecho 5 por:



"Según la declaración de los testigos funcionarios de Conselleria (27.12.2001 y 2.1.2012), en la que todos y cada uno de ellos afirman que D. Mateo no tenía ningún tipo de influencia en materia de contratación y toma de decisiones".

El motivo incide en consideraciones estrictamente jurídicas en cuanto imputa al Jurado confundir "en consideración a su función" con una "capacidad de adjudicación o de influencia en la adjudicación"; citando la STS. 478/2010 de 12.5, que revocó el auto de sobreseimiento libre dictado en la presente causa, y que el Jurado tome un elemento del tipo de cohecho pasivo impropio y lo transforme en un elemento del cohecho pasivo propio, para concluir que a nadie se le escape que un Presidente de la Generalitat puede influir en los órganos de la administración que él preside.

Consideraciones jurídicas ajenas a la actuación del Jurado que se limitó a entender no probado que se entregaran prendas al Presidente de la Generalidad como regalos, siendo por ello, indiferente a efectos de tipificación que pudiera o no influir en los órganos de la Administración.

En lo referente a los hechos 6º y 7º: **SEXTO** .- "El acusado D. Mateo encargó en Milano Difusión en Madrid únicamente cuatro trajes, que fueron devueltos, después de agosto de 2.006, por el mismo al ser imposible arreglarlos, dado que no tenían las tallas adecuadas al Sr. Mateo .

SEPTIMO.- El acusado D. Mateo , finalmente no adquirió prenda alguna del referido establecimiento Milano Difusión de Madrid. El jurado consideró el hecho 6º probado por "tal como han afirmado todas las peritos esos trajes fueron devueltos a Milano, tal y como declararon en su informe final. A su vez el testigo Jefe de escolta nº NUM000 declaró que el mismo devolvió unos portatrajes.

El Jurado consideró probado el hecho 7º por: "Los informes periciales que figuran en el Tomo 2 y 3 que certifican que no pueden relacionar los documentos de pago con el acusado". Los recurrentes vuelven a reiterar la errónea designación del informe pericial en cuanto a los tomos en que obra, discrepando de la valoración efectuada por los Jurados, lo que no puede entenderse como arbitrariedad y falta de motivación.

El Jurado consideró probado el hecho 8º por: **OCTAVO**.- "El acusado D. Mateo encargó y adquirió del establecimiento "Forever Young" de Madrid solamente las siguientes prendas:

8º A) Tres trajes que recogió: dos a principios de 2007 y el tercero en marzo de 2007.

8º B) Un par de zapatos en marzo de 2007.

8º C) Un traje antes del verano de 2008 y una americana de color azul.

En el punto A dadas las declaraciones de D. Constancio en las que entra en contradicción, al haber duda, explicamos la condición más favorable para el acusado.

En el punto B dadas las declaraciones de D. Constancio en las que entra en contradicción, al haber duda, explicamos la condición más favorable para el acusado.

En el punto C, las mismas conclusiones que en los puntos A y B, y añadimos la declaración de jefe de Escolta en la que se declara que... en verano de 2008 fue a "Forever Young" de Madrid y le prestó dinero en efectivo al Sr. Mateo , en esa misma declaración afirmó que el Sr. Mateo salió de la tienda con dos portatrajes.

Los recurrentes insiste en lo ya expuesto en relación al hecho 2º, en orden a la no reseña de las distintas declaraciones del testigo Constancio , y a la referencia in genere de las contradicciones, al alcance de la duda, y en cuanto a la declaración del escolta en el sentido de que le prestó dinero en efectivo, el razonamiento es erróneo por cuanto el hecho no giraba sobre el pago sino sobre el encargo y adquisición.

Impugnación inaceptable, dando por reproducido lo ya razonado en el hecho 2º, la duda en que se basó el Jurado para declarar no probadas proposiciones desfavorables del objeto del veredicto, puede ser tenida en cuenta por el Jurado para entender acreditado el pago en cuanto se ve complementada por otra prueba testifical, declaración del escolta.

La diferencia entre encargo y pago, resulta irrelevante, no solo porque la pregunta además de encargo se refiere a "adquirió", sino porque es coherente con el hecho 9º del objeto del veredicto, que expresamente refiere que todas las prendas adquiridas fueron "abonadas" por el acusado Sr. Mateo .

- Respecto al hecho 9º: **NOVENO**.- Todas estas prendas adquiridas de "Forever Young" (tres trajes un par de zapatos en 2007, y un traje y una americana en 2008) fueron abonadas por el acusado D. Mateo personalmente al Sr. Constancio ". El Jurado consideró probado el hecho 9º por:

"no hay documentación que justifique o acredite que el Sr. Mateo no pagase esos trajes".



Asimismo nos basamos en las contradicciones de las declaraciones de D. Constancio realizadas en las fechas (23/1/2009, 9/2/2009, 10/2/2009, 11/2/2009 y 13/2/2009) que entran en contradicción, por lo tanto, al haber duda aplicamos la condición más favorable al acusado.

También hacemos referencia a la declaración del escolta en la que afirma haberle prestado dinero para el pago".

Se argumenta en el motivo que al tratarse de un hecho negativo que no hay documentos que justifiquen que el Sr. Mateo no pagara los trajes, la prueba de tal hecho negativo sería lo que se ha denominado prueba diabólica pues se trataría de probar no lo que alguien hizo sino lo que no se hizo. Vuelve a cuestionar la referencia, sin más, a las contradicciones en las mismas declaraciones y la valoración que el Jurado hace de la prueba personal del Jefe de escolta.

Queja, por tanto, igualmente infundada.

La carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. Es cierto que una cosa es el hecho negativo y otra distinta el impeditivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación, que la introducción de un hecho, que aún acreditados aquellos impide los efectos punitivos, pues esto debe probado quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el onus probandi de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados los hechos y la participación del acusado, que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquel cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminan la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la culpabilidad por los hechos típicos que se probasen por él cometidos.

En el caso presente, conforme a esta doctrina, la acusación debería probar la entrega de los trajes, que éstos responden a una dádiva o regalo y la conexión causal con su cargo o función. La exigencia a la acusación de la documentación justificativa de la falta de pago de los trajes como prueba acreditativa de que la entrega -no cuestionada- de los trajes responda a un regalo, es un hecho negativo, pero esa condición no excluye la posibilidad de su prueba por hechos positivos incompatibles con el pago de los trajes por el acusado como sería en este caso la justificación por cualquier medio de prueba que esos trajes concretos fueron pagados por terceras personas, lo que el Jurado no solo no ha considerado acreditado sino que en su valoración de pruebas personales -declaraciones anteriores de Constancio y testifical del Jefe de escolta- llega a la conclusión de su pago por el Sr. Mateo .

-En cuanto a los hechos 10 y 11 al ser los relativos a la culpabilidad o inculpabilidad de Mateo , son consecuencia de la previa declaración como probados o no probados de los anteriores hechos del objeto del veredicto.

Respecto al hecho 14 **DECIMOCUARTO**.- " Entre los destinatarios de esos regalos figura, el acusado, D. Octavio quien, recibió, al menos, los siguientes regalos por un importe total de 10.075 €:

14º A) .- Entre enero y agosto de 2006, cuatro trajes, tres pantalones y dos americanas por importe de 5.150 € adquiridos en "Milano Difusión SA".

14º B).- Entre finales de 2006 y julio de 2007, seis pantalones y un traje por importe de 4.925 € adquiridos en "Forever Young".

El Jurado consideró no probado el hecho 14 por:

En el punto "A", según el informe de los peritos folio 796 en adelante del tomo 4, según el cual no existe documentación en la causa relativa a la confección donde se identificaría las prendas y el cliente, ni se puede constatar la confección de dichas prendas y su correlación con los tickets de venta.

Asimismo en el punto "B" nos hemos basado en el mismo informe pericial.

El motivo -de forma similar a su impugnación de los elementos de convicción del Jurado en relación al hecho 4 del objeto del veredicto- insiste en cuestionar la apreciación del Jurado del informe pericial en base a sus propias e interesadas valoraciones, sin que ello suponga que la del Jurado haya sido ilógica, absurda o arbitraria.

Respecto al hecho 15º **DECIMOQUINTO**.- El acusado , D. Octavio aceptó esos regalos sabedor de que le eran entregados en reiterada consideración al cargo público que ejercía entonces de Diputado en las Cortes Valencianas y desde el que podía tomar decisiones o desplegar su personal influencia sobre determinadas materias en relación con las cuales Luis Manuel , Juan Francisco y Teofilo mantenían importantes intereses económicos.

El Jurado consideró este hecho no probado por:



"según las declaraciones de los testigos funcionarios de la Conselleria... que declaran que D. Octavio no tenía influencia alguna en la toma de decisiones y en materia de contrataciones".

El motivo reproduce la impugnación efectuado en el hecho 5º relativo al otro acusado, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto para evitar innecesarias repeticiones.

En lo concerniente al hecho 16º: "EL acusado D. Octavio pagó las prendas que le fueron confeccionadas en Milano Difusión, S.A. "

El Jurado lo consideró probado por "la declaración ante Notario de Ana Ors Sánchez (folio 1856 del Tomo 6), donde se indica la autorización y el extracto bancario que aparecen a los folios 1855 y 1857".

Los recurrentes cuestionan este elemento de convicción al ser una mera manifestación de una persona que dice llamarse así con un DNI. Y una firma, y que no fue propuesta como testigo ni por tanto declaró en el acto del juicio oral, sometiéndose a la contradicción e inmediatez.

Se trata, por tanto, de nuevo de revisar la valoración de la prueba por parte del Jurado, no de una declaración testifical no sometida a contradicción, sino de una documental en la que constan las manifestaciones de una persona que se ven refrendadas y corroboradas por otras documentales (autorización y extracto bancario).

En cuanto al hecho 17º "el acusado D. Octavio nunca encargó trajes de Forever Young ni recibió prendas de ese establecimiento".

Hecho que el Jurado entendió probado "según las pruebas periciales que constan en el tomo 4, folio 810, en adelante".

Los recurrentes, nuevamente, cuestionan la valoración del Jurado de las conclusiones de los peritos, aduciendo falta de lógica y racionalidad y pretendiendo sustituirla por su propia interpretación, lo que no resulta admisible.

En cuanto a los hechos 18 y 19 relativos a si el acusado es culpable o no de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Diputado de las Cortes Valencianas que el Jurado consideró no probado el primero y probado el segundo, por los mismos elementos de convicción, las declaraciones de los funcionarios coincidentes en que no tenía influencia alguna en materia de contratación o toma de decisiones.

Los recurrentes insisten en que lo que se sometía a consideración no es si los acusados "tenían", en el sentido de si habían influenciado en las contrataciones, sino si los regalos se les hacían en consideración a su función, elemento positivo de la conducta típica. No siendo lógico el modo de razonar, pues si es autoridad y los regalos se le entregan por tal condición, la posibilidad de desplegar alguna suerte de incidencia acerca de los funcionarios o del proceso en general no puede ni debe ser descartada desde un plano lógico-jurídico.

Los recurrentes plantean consideraciones jurídicas en relación al delito de cohecho pasivo impropio que son ajenas al contenido del veredicto de culpabilidad o inculpabilidad.

En efecto sin perjuicio de los graves problemas que podía causar encomendar a legos en derecho la responsabilidad de pronunciarse sobre aspectos jurídicos que no pueden considerarse siempre rígidamente determinados, la precisión del art. 52.1 d) LOTJ, no debe valorarse como otra cosa -dice la STS. 1145/2006 de 23.11 - que una consecuencia formal de los anteriores pronunciamientos del jurado tal como vienen recogidos en el objeto del veredicto que le somete el Magistrado Presidente, sin que suponga una modificación radical de la función de los jurados. Esta función consiste muy específicamente en pronunciarse sobre hechos, incluso los de carácter subjetivo, concretamente sobre si deben considerarse o no probados y si el acusado participó y en qué forma en ellos. La declaración de culpabilidad o inculpabilidad no puede desligarse de los hechos probados, hasta el punto de que procede la devolución del acta al jurado si es contradictorio el pronunciamiento de culpabilidad respecto de la declaración de hechos probados.

En este sentido la STS. 1276/2004 de 11.11, señalaba que "por lo que se refiere al veredicto de culpabilidad (que debería consistir en una sola palabra: culpable o inocente), el art. 3 de la LOTJ dispone expresamente que los Jurados "también proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el Magistrado-Presidente hubiese admitido acusación". En consecuencia el veredicto de culpabilidad se limita a declarar al acusado culpable "por su participación en los hechos" que se han declarado previamente probados, sin que pueda añadir nada a la calificación o valoración de los mismos que no esté en el previo relato fáctico. Este ya debe contener todos los elementos necesarios para que el Magistrado-Presidente pueda subsumirlos jurídicamente en la calificación correcta, incluidos, en su caso, los elementos subjetivos del tipo así como todos los datos objetivos que hayan permitido inducir dichos elementos subjetivos.



Por tanto, ello no supone encomendar a los Jurados legos pronunciamientos sobre cuestiones jurídicas que corresponden al Magistrado Presidente, técnicamente preparado para resolverlas. Por lo tanto, el objeto del veredicto no debe incluir ninguna proposición que contenga una calificación jurídica.

La declaración de culpabilidad o inculpabilidad no es sino la consecuencia de haber afirmado antes que determinados hechos han sido probados o no probados, y que el acusado ha participado y de qué forma en su ejecución. Culpable o no culpable, por lo tanto, de ejecutar un hecho y no de cometer un tipo delictivo. Un hecho que, desde luego, se ha sometido a la consideración del Jurado por su relevancia jurídico-penal, pero sin que los jurados hayan tenido ninguna intervención en ese aspecto.

Como se decía en la STS. 721/99 de 6.5, " los jurados se pronuncian sobre los hechos enjuiciados y declaran si el acusado ha participado o no en su comisión y, en consecuencia, si ha de considerarse culpable o no culpable en función de su participación en ellos. Después es el Magistrado el que ha de formular su **juicio de derecho o calificación jurídica**".

En el mismo sentido la STS. 439/2000 de 26.7, señalaba que "el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho o hechos delictivos no constituye más que una consecuencia del relato fáctico, que expresa un reproche social por los hechos declarados acreditados, pero no debe contener calificación jurídica alguna (el Jurado español es un jurado "de hechos", integrado de modo expreso por ciudadanos legos en derecho, art. 10.9 LOTJ), función calificadora que corresponde al Magistrado Presidente (art. 9 y 70 LOTJ). Por consiguiente el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho delictivo no debe incluir el "nomen iuris" delictivo (el acusado es culpable para el Jurado de los hechos declarados probados, no de "asesinato", "homicidio", "lesiones dolosas en concurso con homicidio" u "homicidio imprudente"), ni tampoco contener una especie de mini calificación autónoma ("es culpable de haber matado alevosa e intencionadamente al acusado"), pues esta incorrecta modalidad de redacción del veredicto de culpabilidad no constituye más que una fuente de posibles contradicciones e incongruencias con el veredicto expresado en el relato fáctico".

Por ello, el reparto de funciones en el juicio con Jurado, resulta bastante sencillo: los jurados se pronuncian sobre los hechos enjuiciados y declaran si el acusado ha participado o no en su comisión y en consecuencia, si debe ser considerado culpable o no en función de su participación en los mismos y de la concurrencia o no de los hechos determinantes de alguna causa excluyente de la culpabilidad y este pronunciamiento constituye el veredicto del Jurado.

Seguidamente el Magistrado-Presidente, como jurista técnico que debe respetar y hacer respetar el principio de legalidad subsume en la norma jurídica procedente los referidos hechos, que deben ser suficientemente detallados para contener todos los elementos del tipo así como los integradores de cualquier circunstancias modificativas aplicable, realizando el juicio de derecho o calificación jurídica, e imponiendo la pena legalmente procedente. Por ello, tendrá también en consideración el veredicto de culpabilidad, pero ésta no puede alterar la conclusión derivada del veredicto fáctico, pues debe ser necesariamente congruente con los hechos ya que en caso de no serlo, el Magistrado-Presidente debió previamente haberlo devuelto conforme a lo prevenido en el art. 63 d) LOTJ.

También la STS. 1618/2000 de 19.10, se decía en el mismo sentido que "la decisión del Jurado, en este apartado, se contrae a determinar si el acusado o acusados, es culpable o inocente de los hechos que ha declarado probados, sin que esa decisión abarque la subsunción jurídica de los hechos y concretamente, si el delito es doloso o culposo si homicidio o asesinato consumado o frustrado, sino que confirmarán un relato fáctico del que deberá extraerse las consideraciones jurídicas precisas para la sentencia que el Presidente del Jurado dicta. Esta diferenciación en las funciones del Jurado y del Presidente del Tribunal de Jurado deslinda en la sentencia la función fáctica que corresponde al Jurado en cuanto declara el hecho probado y la función técnica de subsunción que realiza el Presidente del Tribunal de Jurado. Sobre los hechos declarados y previas calificaciones de las partes, el Presidente del Tribunal del Jurado subsume el hecho en la norma penal".

Por lo tanto, el objeto del veredicto no debe contener calificaciones jurídicas y el Jurado no debe pronunciarse sobre esos extremos. Si lo hiciera, por una defectuosa redacción del objeto del veredicto no puede afirmarse que el Magistrado Presidente quede vinculado al realizar la calificación al indebido pronunciamiento del Jurado.

En el caso presente el veredicto de no culpabilidad (hecho 19º), es consecuencia obligado de haber declarado no probados los hechos 14 y 15, y probados los hechos 16 y 17, sin que se aprecie contradicción alguna en la decisión del Jurado.

CUARTO: El motivo cuarto por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.



El motivo designa hasta 46 documentos y las actas de todas las sesiones del juicio oral, en soporte audiovisual, para concluir que tanto de la prueba documental que expone de forma detallada, como de la prueba testifical y pericial que se contiene toda ella en el acto del juicio, se acredita que los dos acusados adquirieron las prendas que se indican en los establecimientos de Milano y de Forever Young, que dichas prendas de vestir fueron confeccionadas a su nombre y que las mismas no fueron abonadas por ellos, sino por las personas del Grupo Correo (Teofilo y Juan Francisco) o bien personalmente (pago en efectivo) o bien a través de tres de las empresas pertenecientes a dicho Grupo (Diseño Asimétrico, Serví Madrid integral y Orange Market).

1º) Como cuestión previa se debe analizar la impugnación efectuada por la representación del recurrido Octavio *entendiendo que este motivo casacional no es aplicable en el juicio por Jurado al no recogerse en el art. 846 bis c)* un motivo de esa naturaleza entre los que cabe plantear en el recurso de apelación y por ello sentencias de esta sede casacional tienen declarado que mediante la impugnación autorizada por el art. 849.2 LECrim . se contribuiría a crear un recurso de casación en el Jurado con ámbito cognitivo más amplio del que define al singular recurso de apelación regulado en el art. 846 bis c) LECrim . y con ello se introduciría una quiebra estructural en el significado mismo del procedimiento del Jurado y al propio tiempo en el significado conceptual de los recursos de apelación y casación.

Pretensión que no puede prosperar.

En primer lugar -ya dijimos en STS. 1179/2004 de 15.10 - que, en principio, no existe obstáculo alguno para considerar que los motivos de casación, tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma, puedan ser considerados, desde una perspectiva constitucional (v. art. 5.1 LOPJ), como posibles vulneraciones de preceptos constitucionales, susceptibles de alegación ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (v. art. 846 bis c), apartado b) LECrim .). Así, por ejemplo, la denegación de alguna diligencia de prueba, o la falta de citación de alguna parte, o la negativa a que un testigo conteste determinada pregunta, o los supuestos en que la sentencia no resuelva sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación o de la defensa, etc., pueden ser consideradas tanto vicios "in procedendo" o "in iudicando" (v. arts. 850 y 851 LECrim .) como vulneración de derechos y preceptos constitucionales, como son el derecho a la tutela judicial efectiva, la proscripción de toda posible indefensión, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, etc. (v. art. 24 CE). Nada se opone, pues, a que los posibles errores en la valoración de la prueba a que se refiere el art. 849.2º de la LECrim ., sean alegables, en cuanto posibles motivos de apelación en este tipo de procesos, como infracciones de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos (v. el citado art. 846 bis c), apartado b) LECrim ., "

En segundo lugar, en el caso que se analiza el recurso de apelación no era posible por la condición de aforados de los acusados lo que posibilitó la interposición directa del presente recurso de casación, lo que no impide la alegación como motivo de casación el error de hecho en la apreciación de las pruebas, previsto en el Art. 849.2 LECrim . Así se acordó en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 22.7.2008 **"la referencia que el art. 847 de la LECrim , hace al recurso de casación por infracción de Ley contra las sentencias dictadas por las Salas Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, incluye los motivos previstos en los números 1 y 2 del art. 849 LECrim "**, y en el caso presente nos encontramos ante una sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado constituido en la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Y por último, porque las propias sentencias que se citan en el escrito de oposición al recurso, SSTS. 798/2009 de 9.7 y 657/2008 de 24.10 , admiten que los motivos casacionales para las sentencias de Jurado son los mismos que los recogidos en la LECrim. con carácter general respecto a todas las sentencias. Así precisan que **"... la impugnación de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, al resolver la apelación entablada en un procedimiento por Jurado, por la vía del art. 849.2 de la LECrim , reabre el debate dogmático y jurisprudencial acerca del alcance y límites de la revisión casacional del criterio valorativo del Jurado. Es cierto, como se ha encargado de reiterar la jurisprudencia de la Sala Segunda -no sin alguna inicial excepción-, que el objeto del recurso de casación es la sentencia emanada del Tribunal Superior de Justicia. También lo es, con toda claridad, que el art. 847 de la LECrim admite el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra aquellas sentencias, no cuestionándose en la actualidad la posibilidad de impugnación casacional encaminada a demostrar un error en la valoración de documentos que obren en la causa (SSTS 16 octubre 1998 , 1 octubre 1999 , 3 noviembre 2001 , 8 mayo 2002 o 2 enero 2003).**

2º) Analizado, por tanto, la procedencia del motivo, como hemos precisado en SSTS. 347/2012 de 25.4 , 629/2011, de 23-6 ; 607/2010, de 30-6 ; el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.



En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 , viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim .;

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en



si mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Denuncia de error de hecho que en definitiva, como señala la STS 1390/2011, de 27-12, permite la modificación o adición o suspensión de un elemento fáctico del relato histórico cuando existe en los autos un documento literosuficiente o con aptitud demostrativa directa, es decir, que evidencia por sí solo el error en que ha incurrido el tribunal y ello debe determinar la modificación de los hechos en alguna de las formas señaladas, siempre y cuando **no existen otros medios probatorios que contradigan el contenido del mismo y además que sea relevante para el sentido del fallo** (STS 91/2008 ; 103/2008 ; 24/2010, de 1-2 ; 239/2011, de 24-3).

Por tanto, el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el tribunal declaró probado erróneamente, y que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del documento que el recurrente designa.

En el caso presente los documentos sobre los que se basa la errónea valoración de la prueba son:

1. Folios 294 a 296 del Tomo II (Hojas de pedido de sastrería de Forever Young a Sastgor): En concreto el particular de que constan tres pedidos de prendas de vestir a nombre de Octavio .
2. Folios 304 a 307 del Tomo II (Hojas de pedido de sastrería de Forever Young a Sastgor): En concreto el particular de que constan cuatro pedidos de prendas de vestir a nombre del Sr. Mateo .
3. Folio 398 del Tomo II (Recibo de venta 9664 por la compra de 4 corbatas): Siendo el particular la existencia en dicho recibo de venta de la nota manuscrita "Camps".
4. Folios 503 y 504 del Tomo II (Listado dirigido a la Atención de Teofilo con una relación de personas e importes atribuidos a cada una de ellas): siendo el particular la existencia en dicho documento del nombre de Octavio y Mateo , a quienes se atribuye una cuantía de dinero. Así como las anotaciones manuscritas sobre los medios de pago de la cuantía reflejada en el documento.
5. Folio 655, 658 y 664 del Tomo III (Recibos de venta 308 y 266 y Pago 288 emitidos por Forever Young): En el caso de los tickets de venta el particular sería la existencia de la venta de cuatro trajes a nombre de "Camps Nuevo Cliente" y, en el caso del pago, que el mismo figura a nombre de Mateo y que se abonó mediante cheque bancario el 4 de julio de 2007.
6. Folios 711 a 717 del Tomo III Relación de tickets de venta de Milano Difusión que fueron pagados el 15 de septiembre de 2009 con los dos cheques emitidos por Orange Market, y en particular los que hacen referencia a Mateo (Folio 711- Ticket NUM004) y a Octavio (Folio 712-Ticket NUM005).
7. Folios 720 a 723 del Tomo III (Facturas A/11475, A/11561, A/11613 y A/11701 de Sastgor a Castellana de Inmuebles y Locales): El particular sería la existencia de facturación por parte de Sastgor a la mercantil Castellana de Inmuebles y Locales de prendas confeccionadas por ésta a nombre de Mateo .
8. Folios 737 a 743 del Tomo II (Confirmaciones de Pedido emitidas por Sastgor a Milano Difusión): En concreto el particular de que dichas Confirmaciones de pedido constan emitidas a nombre de Mateo .
9. Folios 744 a 748 del Tomo III (Confirmaciones de pedido de Sastgor a Forever Young): En concreto el particular de que dichas confirmaciones de pedido constan emitidas a nombre de Mateo . Además también destacamos el particular relativo a que en el apartado de observaciones de las confirmaciones de pedido que obran en los folios 745 a 748 se hace constar "MODELO CAMPS" y a continuación una serie de especificaciones técnicas sobre la confección de dicho modelo.
10. Folios 761 a 766 del Tomo III (Confirmaciones de Pedido emitidas por Sastgor a Milano Difusión): En concreto. el particular de que dichas Confirmaciones de pedido constan emitidas a nombre de Octavio .
11. Folios 767 a 773 del Tomo II (Confirmaciones de pedido de Sastgor a Forever Young): En concreto el particular de que dichas Confirmaciones de pedido constan emitidas a nombre de Octavio .
12. Folio 776 del Tomo III Certificado de Banesto sobre las transferencias efectuadas por la mercantil Diseño Asimétrico a favor de Castellana de Inmuebles y Locales.
13. Folios 778 a 780 del Tomo III Certificado de Banesto sobre cheques de Servimadrid Integral.

14. Folios 1327 a 1329 del Tomo VI (Fax Manuscrito y protocolizado aportado por Constancio en una de sus declaraciones): siendo el particular del citado documento la existencia de un fax remitido a Teofilo en el que constan prendas atribuidas a D. Mateo por importe total de 2.680 € y que la deuda total, que incluye la del Sr. Mateo y otra del Sr. Juan Francisco , asciende a 4.040 euros.

15. Folios 1489 a 1492 del Tomo VII Talones emitidos a favor de Milano Difusión SA de fecha 1]. de septiembre de 2006 y documentación bancaria acreditativa de que dichos talones se emitieron con cargo a una cuenta del banco Santander Central Hispano que era titularidad de Orange Market SL, y que fueron ingresados en una cuenta de la entidad bancaria Barclays bank SA de la que era titular Milano Difusión SA.

16. Folio 1810 del Tomo VIII Recibo de venta 9664 por la compra de 4 corbatas, en concreto el particular de que aparece un tachón donde figuraba de forma manuscrita el nombre de Camps (Folio 398).

17. Folios 1839 Justificante bancario, de la entidad Banesto, de la cuenta de Castellana de Inmuebles y Locales en el que consta la transferencia efectuada por Diseño Asimétrico el 24 de julio de 2007 (fecha de valor 25/07/07) por importe de 2.574 €.

18. Folio 1849 del Tomo VIII Justificante bancario, de la entidad Banesto, de la cuenta de Castellana de Inmuebles y Locales en el que consta la transferencia efectuada por Diseño Asimétrico el 3 de julio de p007 (fecha de valor 4/07/07) por importe de 9.497,60 €

19. Folios 1858 Justificante bancario, de la entidad Banesto, de la cuenta de Castellana de Inmuebles y Locales en el que consta la transferencia efectuada por Diseño Asimétrico el 12 de julio de 2007 (fecha de valor 13/07/07) por importe de 2.590 €.

20. Folios 1860 y 1861 del Tomo VIII Cheque de la entidad Banesto emitido por la mercantil Servimadrid Integral, de fecha 28 de Junio de 2007, a favor de Castellana de Inmuebles y Locales SA por importe de 4.348,75 € y documento bancario que acredita el ingreso del citado cheque, en una cuenta de la entidad Banesto titularidad de Castellana de Inmuebles y Locales SA, el 6 de Julio de 2007.

21. Folios 1863 y 1864 del Tomo VIII Cheque de la entidad Banesto emitido por la mercantil Servimadrid Integral, de fecha 28 de Junio de 2007, a favor de Castellana de Inmuebles y Locales SA por importe de 2.845,55 € y documento bancario que acredita el ingreso del citado cheque, en una cuenta de la entidad Banesto titularidad de Castellana de Inmuebles y Locales SA, el 6 de Julio de 2007.

22. Folios 1866 y 1867 del Tomo VIII Cheque de la entidad Banesto emitido por la mercantil Servimadrid Integral, de fecha 4 de Julio de 2007, a favor de Castellana de Inmuebles y Locales SA por importe de 960 € y documento bancario que acredita el ingreso del citado cheque, en una cuenta de la entidad Banesto titularidad de Castellana de Inmuebles y Locales SA, el 6 de Julio de 2007.

23. Folios 1869 y 1870 del Tomo VIII Cheque de la entidad Banesto emitido por la mercantil Servimadrid Integral, de fecha 28 de Junio de 2007, a favor de Castellana de Inmuebles y Locales SA por importe de 2660€ y documento bancario que acredita el ingreso del citado cheque, en una cuenta de la entidad Banesto titularidad de Castellana de Inmuebles y Locales SA, el 6 de Julio de 2007.

24. Folios 1872 y 1873 del Tomo VIII Cheque de la entidad Banesto emitido por la mercantil Servimadrid Integral, de fecha 13 de Julio de 2007, a favor de Castellana de Inmuebles y Locales SA por importe de 5.203 € y documento bancario que acredita el ingreso del citado cheque, en una cuenta de la entidad Banesto titularidad de Castellana de Inmuebles y Locales SA, el 6 de Julio de 2007

25. Folio 1920 del Tomo VIII Nota manuscrita hallada en un ordenador en el registro de la embarcación "PARAPIPI" de la se designan como particulares la existencia de las siguientes anotaciones:

Cans 2400 3TR

1800 3AM

Octavio 800 1TRAJE

1200 2AM

750 3 Pant

Camsp 1200

26. Folios 2016 y 2017 del Tomo VIII (Factura A/9556 de Sastgor a Eurofiel Confecciones y albarán): El particular sería la existencia de facturación por parte de Sastgor a la mercantil Eurofiel Confecciones de prendas confeccionadas por ésta a nombre del Sr. Mateo . ;

27. Folios 2020 y 2021 del Tomo VIII (Factura A/10061 de Sastgor a Eurofiel Confecciones y albarán): El particular sería la existencia de facturación por parte de Sastgor a la mercantil Eurofiel Confecciones de prendas confeccionadas por ésta a nombre del Sr. Mateo .
28. Folios 2028 y 2029 del Tomo VIII (Factura A/10125 de Sastgor a Eurofiel Confecciones y albarán): El particular sería la existencia de facturación por parte de Sastgor a la mercantil Eurofiel Confecciones de prendas confeccionadas por ésta a nombre del Sr. Octavio .
29. Folios 2032 a 2035 del Tomo VIII (Facturas A/10186 y A/10187 de Sastgor a Eurofiel Confecciones y albaranes): El particular sería la existencia de facturación por parte de Sastgor a la mercantil Eurofiel Confecciones de prendas confeccionadas por ésta a nombre del Sr. Octavio .
30. Folios 2036 y 2037 del Tomo VIII (Factura A/10263 de Sastgor a Eurofiel Confecciones y albarán): El particular sería la existencia de facturación por parte de Sastgor a la mercantil Eurofiel Confecciones de prendas confeccionadas por ésta a nombre del Sr. Mateo .
31. Folios 2040 y 2041 del Tomo VIII (Factura A/11059 de Sastgor a Eurofiel Confecciones y albarán): El particular sería la existencia de facturación por parte de Sastgor a la mercantil Eurofiel Confecciones de prendas confeccionadas por ésta a nombre de Mateo .
32. Folios 2046 a 2051 del Tomo VIII (Facturas A/9975, A/9976 y A/9977 de Sastgor a Eurofiel Confecciones y albarán): El particular sería la existencia de facturación por parte de Sastgor a la mercantil Eurofiel Confecciones de prendas confeccionadas por ésta a nombre del Sr. Mateo .
33. Folio 2056 del Tomo VIII (Listado de facturas de Sastgor a Eurofiel por cliente): De este documento el particular sería la existencia de facturación por parte de Sastgor a Eurofiel Confecciones de prendas confeccionadas para Mateo y Octavio .
34. Folios 2094 a 2096 del Tomo IX Comparecencia de Jesús Carlos , relativa a la transferencia efectuada por Orange Market en favor de Castellana de Inmuebles y Locales por importe de 4.040,40 E.
35. Folios 2108 y 2109 del Tomo IX (Factura de A/13237 de Sastgor a Castellana y albarán): El particular sería la existencia de facturación por parte de Sastgor a la mercantil Eurofiel Confecciones de prendas confeccionadas por ésta a nombre del Sr. Octavio .
36. Folios 2140 a 2143 del Tomo IX Documentación remitida por el BBVA sobre comprobantes de transferencias de Diseño Asimétrico.
37. Folios 2145 a 2148 del Tomo IX (Sobre de Milano obtenido en el registro del domicilio sito en la calle Serrano número 40): en concreto la existencia, al folio 2.148, de un documento manuscrito en el que consta el nombre de Cans a quien se le atribuye la cantidad de 5.400 y de Octavio a quien se atribuyen 2750.
38. Folios 2184 a 2188 del Tomo IX Fax del Banco Santander a Jon .
39. Folios 55 a 60 del Tomo X (Carpeta azul, punto 2.3.3, bloque 5).
40. Folios 89 a 98 del Tomo X (Carpeta azul, punto 4, bloque 8)
41. Folios 2767 a 2775 del Tomo XIV (Documentación aportada por el Sr. Rodrigo). El particular sería el cambio del número de cliente en los recibos de venta número NUM001 y NUM002 que pasarían de estar atribuidos al 394 (folio 2.772) a atribuirse al 571 (folio 2773).
42. Folios 2839 a 2849 del Tomo XV (Inventario de "Créditos pendientes de Cobro" de Milano correspondiente a Enero de 2006 -1/06-): De todo el inventario los particulares a reseñar serían la existencia, en el folio 2847, de dos apuntes a nombre de Mateo correspondientes a los documentos (tickets de venta) NUM003 y NUM004 , y, en el folio 2848, de un apunte a nombre de Octavio correspondiente al documento (ticket de venta) NUM005 .
43. Folios 2942 a 2952 del Tomo XV (Inventario de "Créditos pendientes de Cobro" de Milano correspondiente a Agosto de 2006 -8/06-): De todo el inventario los particulares a reseñar serían la existencia, en el folio 2952, de los documentos (tickets de venta) NUM003 , NUM004 y NUM005 a nombre de la Comunidad Valenciana.
44. Folios 3129 a 3135 del Tomo XV (Inventario de "Créditos pendientes de Cobro" de Milano correspondiente a Enero de 2007 -1/07-): De todo el inventario los particulares a reseñar serían la existencia, en el folio 3129, del documento (ticket de venta) NUM003 a nombre de la Comunidad Valenciana.
45. Folio 3212 del Tomo XVI CD, en concreto el particular sería el apunte 55 de la Caja B Orange del año 2007 y el apunte 35 de la Caja B actual del año 2007. En ambos casos se trata de un apunte de 23 de enero de 2007 en el que se hace constar "Ent. A P.Crespo p/Pago en milano" por importe de 4.821 €.



46. Recibos de venta NUM001 y NUM002 aportados por D. Constancio en su declaración como testigo que obran al Tomo VI de la Causa del Jurado En este caso, el particular de dichos documentos sería la existencia del nombre de Mateo en la parte inferior izquierda de ambos.

47. Las actas de todas las sesiones del Juicio oral, en soporte audiovisual.

Pues bien dichos documentos *no son literosuficientes* en cuanto dependen de la interpretación subjetiva que de los mismos realiza la parte recurrente con su particular valoración y de su correlación y reforzamiento con las testificales que se practicaron en el plenario para buscar así llegar a conclusiones distintas a las obtenidas por el Jurado, y *están en contradicción* con otras pruebas personales, testificales y periciales y documentales, cuya valoración omite, tal como señala la representación del recurrido Mateo en su escrito de oposición al recurso, a mero título de ejemplo la testifical de Josefina que desdice las pretensiones de los recurrentes al citar al Sr. Hipolito , y a Adela , y en relación con la del Sr. María , la del Sr. Narciso , en relación con su informe, la propia del testigo Constancio en sus declaraciones en fase instructora, la del escolta y chofer de Mateo , la de los funcionarios de la Generalitat Valenciana, la del Sr. Hinojosa, la del auditor de Milano, Sr. Camilo , la de Jon ; el informe pericial de dos inspectores de Hacienda y del auditor ratificada en el juicio oral.

3º) A mayor abundamiento -como hemos dicho en SSTs. 366/2012 de 3.5 y 236/2012 de 22.3), en este sentido conviene traer a colación la reciente STC 135/2011 de 12-9 , que recordando la doctrina de dicho tribunal iniciada en la S. 167/2002, de 18-9 ; y reiterada en numerosas posteriores sentencias (las últimas 21/2009, de 26.1 ; 108/2009, de 11.5 ; 118/2009 de 18.5 ; 214/2009, de 30.11 ; 30/2010, de 17.5) y sirviéndose en su exposición de la STC 1/2010 de 11-1 , precisa: "nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2 ; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2 ; y 118/2009, de 18 de mayo , FJ 3), señala que 'el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción". En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 170/2005, de 20 de junio , FJ 2, 164/2007, de 2 julio, FJ 2 , y 60/2008, de 26 de mayo , FJ 5). De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3 ; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1 ; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1 ; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2 ; 360/2006, de 18 de diciembre , FFJJ 3 y 4)."En este sentido, la reciente STC 45/2011, de 11 de abril , FJ 3, nos recuerda que "el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55 ; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39 ; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64 ; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía , §§ 58 y 59)". Respecto de esta misma cuestión, en las SSTC 120/2009, de 18 de mayo (FFJJ 3 y 6), y 2/2010, de 11 de enero, (FJ 3), a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, hemos dicho que "cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas



(SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32 ; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan -Å ke Andersson c. Suecia , § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia , § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu c. Rumania , §§ 54 y 55, 58 y 59- que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros c. San Marino, §§ 94, 95 y 96-, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación. Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio." Añadiendo en el fundamento jurídico 4: "En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH 29 de octubre de 1991, caso Jan-Ake Andersson c. Suecia , aprecia que no existe violación del derecho a un proceso justo cuando no se reproduce el debate público con inmediatez en la apelación en los supuestos en que 'no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos', por lo que no hay violación del art. 6.1 del Convenio (en el mismo sentido, SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia ; de 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania ; y de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España , § 36).

Doctrina ésta que no obstante y en relación al recurso de casación fue matizada por el propio Tribunal Constitucional, S. 29/2008 de 28.2, afirmando que "las conclusiones alcanzadas por este Tribunal en la STC. 167/2002 de 18.9 [...] no son directamente extrapolables a la casación penal, dadas las diferencias que cabe establecer entre la revisión que se produce en dicha sede, de carácter limitado y tasado, y la que tiene lugar en apelación a través de un novum iudicium, toda vez que, cuando lo que se somete a revisión es la calificación jurídica de los hechos, el alcance de la casación se establece precisamente a partir de los pronunciamientos de la sentencia de instancia (SSTC. 183/2005 de 4.7 ; 124/2008 de 20.10 ; y 153/2011 de 17.10), que recuerda que "si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su Abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte".

Asimismo también aquella doctrina ha sido modulada, STC. 142/2011 de 26.9 , en el sentido de que la naturaleza de otras pruebas, -singularmente la documental-, permite su valoración en fase de recurso sin que sea precisa la reproducción del debate oral, por lo que la condena por el Tribunal superior basada en tales medios de prueba, sin celebración de la vista pública, no infringiría aquel derecho (por todas, SSTC 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5 ; 214/2009, de 30 de noviembre , y 46/2011, de 11 de abril).

En efecto no será de aplicación cuando la condena en segunda instancia -o en casación- se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC. 40/2004 de 21.3 , cuando afirma que "existen otras pruebas y en concreto, la documental, cuya valoración si es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal (en el mismo sentido SSTC. 198/2002 de 26.10 , 230/2002 de 9.12), como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el Juez a quo cuando procedió a su valoración.

En relación a la prueba pericial, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir enteramente el debate procesal, cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC. 143/2005 de 6.6), esto es, cuando el Tribunal ad quem valora la prueba



pericial solo a través del reflejo escrito que la documenta (STC. 75/2006 de 13.3). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio oral con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso, adquiere este medio de prueba (SSTC. 10/2004 de 9.2 , 360/2006 de 18.12 , 11/2009 de 26.1).

Por lo que se refiere a la prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional ha declarado que cuando el órgano de apelación (o casación) se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resulten acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la intermediación. Si bien también ha afirmado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales se corrigen las conclusiones del órgano "a quo", sin haber examinado directa y personalmente dichas pruebas (por todas, SSTC. 170/2005 de 20.6 , 36/2008 de 25.2 , 24/2009 de 26.1).

No obstante la sentencia antes citada 142/2011 contiene una importante advertencia, pues bien, si rechazó la queja de amparo en lo tocante al derecho a un proceso con todas las garantías, habida cuenta que se fundamentó la condena en prueba documental, sobre la necesidad de que por el órgano de apelación debió efectuarse la audiencia de los acusados como exigencia del derecho de defensa (art. 24.2 CE). Así concluyó: "...como se acaba de exponer la prueba apreciada por la Audiencia Provincial para alcanzar la convicción condenatoria puede calificarse como estrictamente documental. Ahora bien, en la STC 184/2009, de 7 de septiembre , se enfatizó la trascendencia que, desde la perspectiva del derecho de defensa pueden alcanzar aquellas declaraciones. En el mismo sentido, en la reciente STC 45/2011, de 11 de abril , FJ 2, se afirma que cuando en el juicio de apelación el debate no sea estrictamente jurídico, esto es, cuando en el mismo se ventilen cuestiones de hecho que afecten a la declaración de inocencia o culpabilidad, la posibilidad de comparecencia del acusado en el mismo es una expresión del derecho de defensa, de manera que ha de darse a éste la oportunidad de que pueda exponer, ante el Tribunal encargado de revisar la decisión impugnada, su personal versión acerca de su participación en los hechos que se le imputan, lo que ha de concretarse en su citación para ser oído.-Pues bien, en el supuesto que aquí se examina, si bien los recurrentes no invocan en su escrito de demanda formalmente el derecho de defensa (art. 24.2 CE), sí hacen explícita mención a la circunstancia de que no fueron oídos por el órgano de apelación que, en el juicio de inferencia que realizó, concluyó que aquéllos participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. No tratándose, por tanto, de una cuestión de estricta calificación jurídica en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto -al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se reputaron simulados- la Audiencia Provincial debió citar al juicio de apelación a quienes, habiendo negado su culpabilidad -dado que refutaron la finalidad simulatoria en la instancia- resultaron a la postre condenados para que, de estimarlo oportuno, ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos. Es decir, el órgano de apelación debió conceder la oportunidad a los acusados de ser oídos a fin de que, apreciando de forma directa sus explicaciones, pudiera formar adecuadamente su convicción.-Constatada así la infracción del derecho de defensa (art. 24.2 CE) en su concreción relativa a la posibilidad de ser oído cuando se debaten cuestiones de hecho y de Derecho por el Tribunal que dictó el pronunciamiento condenatorio, ha de otorgarse el amparo solicitado sin que sea necesario, en consecuencia, continuar con el análisis del resto de los motivos alegados por los demandantes."

Por último conviene destacar la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22-11-2011, caso Cadena Calero contra España que reitera la doctrina de dicho tribunal, en relación con el alcance de celebrar una vista y examinar con intermediación determinadas pruebas en aquellos casos en los que se procede a condenar al acusado en segunda instancia o en casación, tras una sentencia absolutoria.

En este caso el TEDH se pronuncia específicamente sobre el alcance de dicha obligación en casación, realizado las siguientes consideraciones:

"46 (...) el tribunal Supremo, para llegar a nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de éste último, en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas. Ahora bien, el TS concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos.

En opinión del tribunal, el TS se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, es obligado constatar que, cuando la inferencia de este tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual) no es posible proceder a la valoración jurídica de la



actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación a los hechos que se le imputan". A partir de este razonamiento, la sentencia concluye que ha existido una violación del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos :

"49. Como consecuencia, el tribunal considera que las cuestiones que debía examinar el tribunal Supremo, requerían la valoración directa del testimonio del acusado o incluso del de otros testigos (ver *Botten c. Noruega* 19.2.96; *Ekbatani c. Suecia* precitada y los asuntos españoles arriba mencionados).

50. En definitiva, el tribunal recuerda que se celebró una vista oral ante el Tribunal Supremo, durante la cual aunque el representante del acusado tuvo ocasión de exponer sus alegaciones, entre ellas, las relativas a la valoración jurídica de los hechos del caso, el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad".

4º) Para salvar estas objeciones los recurrentes transcriben la STS. 978/2010 de 30.12, en el sentido de poder valorar y estimar la existencia de error en la apreciación de la prueba, no solo la prueba documental, sino que además puede tener en consideración la propia acta del juicio, que al estar su soporte audiovisual, no se produce quebranto alguno de los principios de inmediación y contradicción, pudiendo por tanto, dictar una sentencia condenatoria en segunda instancia, valorando diversas testificales (*Constancio* , *Camilo* , *Otilia* , *Trinidad* , *Almudena* , *Teodoro* , *Gregorio* , *Leandro* , *Rogelio*), declaraciones de los acusados y peritos, así como todas las incidencias que sucedieron en el juicio oral, utilizando la grabación del juicio oral celebrado en primera y única instancia.

Pretensión de los recurrentes que deviene improsperable, a la vista de la STC. 135/2011 de 12.9, que precisó que: "como es notorio, la insuficiencia del acta del juicio como medio de documentación de las pruebas de carácter personal -incluso cuando el empleo de estenotipia permita consignar literalmente las palabras pronunciadas en el curso del acto- viene dada por la imposibilidad de reflejar los aspectos comunicativos no verbales de toda declaración. Ciertamente tal deficiencia no puede predicarse sin más de aquellos medios que con creciente calidad transmiten o reproducen las declaraciones, como acontece con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual, lo cual nos aboca a valorar si el concepto tradicional de inmediación debe modularse ante el incesante progreso de las técnicas de transmisión y reproducción de la imagen y del sonido. Con carácter general, aun cuando cabe señalar una vertiente de la inmediación que se identifica con la presencia judicial durante la práctica de la prueba (art. 229.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en un sentido más estricto hemos establecido que 'la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración' (por todas, STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5). En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera trascendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (art. 24.2 CE) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal (art. 120.2 CE). Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladada a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho (STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5). En este sentido, el repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente reseñada pone de manifiesto que, de concurrir los presupuestos a que la misma se refiere, resulta preciso que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen 'directo y personal' del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una 'nueva audiencia' en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, § 32 ; de 29 de octubre de 1991, caso *Helmerts c. Suecia*, §§ 36, 37 y 39; de 29 de octubre de 1991, caso *Jan -Å ke Andersson c. Suecia*, § 28 ; de 29 de octubre de 1991, caso *Fejde c. Suecia*, § 32 ; de 9 de julio de 2002, caso *P.K . c. Finlandia* ; de 9 de marzo de 2004, caso *Pitk ä nen c. Finlandia*, § 58 ; de 6 de julio de 2004, caso *Dondarini c. San Marino*, § 27; de 5 de octubre de 2006, caso *Viola c. Italia*, § 50; y de 18 de octubre de 2006, caso *Hermi c. Italia*, § 64). Se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen 'directo y personal' -esto es, con intermediación- de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen 'personal y directo' implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones." En definitiva, la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de



hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído."

Ahora bien -como dice la STC. 2/2010 de 11.1 , la conclusión precedente ha de completarse con dos consideraciones más, referidas ambas a la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, en el marco de la vista o audiencia pública contradictoria. Un primer supuesto se produce cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce, en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración. Se fundamenta esta facultad del órgano judicial en que nuestro modelo actual de apelación es de naturaleza limitada o revisio prioris instantiae, esto es, de control sobre lo resuelto en la primera instancia y no de un novum iudicium, con repetición íntegra del juicio oral, por lo que la ausencia de intermediación respecto de las pruebas personales practicadas en la primera instancia no resulta obstativa de su valoración si, como dijimos en la reciente STC 16/2009, de 26 de enero (FJ 5.b), tal déficit de intermediación viene compensado por la reproducción esencial de las mismas ante el nuevo órgano judicial que se dispone a su valoración, a través del contenido de los interrogatorios propios de la prueba testifical en apelación, o a través de la lectura del acta correspondiente, o por otro medio suficiente [como lo es, sin duda, la grabación audiovisual] que permita su introducción en la nueva vista ante dicho órgano, que podrá apreciarlas en el marco de la nueva actividad probatoria y del debate al respecto, intervenir en relación con las mismas, y percibir la reacción del declarante acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a la misma. Una segunda consideración es la referida a que la proyección de las garantías de intermediación, oralidad, contradicción y publicidad en la segunda instancia es susceptible de modularse en los mismos términos en los que pueda serlo en la primera instancia. En este sentido, hemos admitido la posibilidad de que las declaraciones prestadas en el juicio de primera instancia puedan ser valoradas por la correspondiente Sala -aunque falte en esta segunda instancia la intermediación y la contradicción, como consecuencia de la imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación- cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador (STC 16/2009, de 26 de enero , FJ 6.b). En esta misma línea, la STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia , §§ 46, 47, 52 y 53, admite la ausencia de intermediación en relación con procesos penales por delitos sexuales en que resulten afectados menores; y las SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, §§ 67, 70, 72 a 76 ; y de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaría c. Italia , § 29, admiten el uso de la videoconferencia condicionado a que se persigan fines legítimos -tales como 'la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia de plazo razonable'-, y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado. En nuestro ordenamiento positivo no faltan supuestos de carencia o defecto de intermediación que no afectan a la validez de la actuación procesal correspondiente (así, en los arts. 306 in fine, 325, 448, 707, 710, 714, 730, 731 bis y 777 LECrim) en el bien entendido de que cualquier modo de practicarse las pruebas personales que no consista en la coincidencia material, en el tiempo y en el espacio, de quien declara y quien juzga, no es una forma alternativa de realización de las mismas sobre cuya elección pueda decidir libremente el órgano judicial sino un modo subsidiario de practicar la prueba, cuya procedencia viene supeditada a la concurrencia de causa justificada, legalmente prevista".

Razonamiento que hacen inviable el motivo por error en la valoración de la prueba.

QUINTO: El motivo quinto al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim . por falta de aplicación del art. 426 CP , motivo que deriva de la admisión del precedente por error de hecho en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim , al quedar acreditado que ambos acusados recibieron en concepto de regalos diversas prendas de vestir, en su condición de autoridad, y en consideración a tal condición tal como apuntó la STS. 478/2010 de 12.5 , que revocó el auto de sobreseimiento libre dictado en la presente causa y se expuso en el auto dictado el 15.7.2011 por el instructor y en el que se acordó la apertura del juicio oral.

El motivo debe ser desestimado por cuando la vía casacional del art. 849.1 LECrim , obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . error en la apreciación de la prueba o en su caso de sentencias condenatorias, en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim .



En efecto -como hemos dicho en STS. 121/2008 de 26.2 -, el recurso de casación se articula por la vía del art. 849.1 LECrim . ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En base al art-849.1 LECrim . el recurso ha de fundarse en que en la sentencia del tribunal de instancia aplicó incorrectamente el derecho, pues realizó una indebida subsunción o además de ser indebida la subsunción dejó de realizar la correcta o realizó una interpretación equivocada, o, en su caso de absolucíon, por falta de aplicación del precepto penal correspondiente.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

En el caso presente, desestimados que han sido los motivos precedentes e incólume el relato fáctico, en el mismo se consignaron los siguientes hechos:

a) Referidos al acusado D. Mateo

-el acusado D. Mateo encargó en Milano Difusión en Madrid únicamente cuatro trajes, que fueron devueltos, después de agosto de 2.006, por el mismo al ser imposible arreglarlos, dado que no tenían las tallas adecuadas al Sr. Mateo .

- El acusado D. Mateo , finalmente no adquirió prenda alguna del referido establecimiento Milano Difusión de Madrid.

-El acusado D. Mateo encargó y adquirió del establecimiento "Forever Young" de Madrid solamente las siguientes prendas: Tres trajes que recogió: dos a principios de 2007 y el tercero en marzo de 2007, Un par de zapatos en marzo de 2007, Un traje antes del verano de 2008 y una americana de color azul.

-Todas estas prendas adquiridas de "Forever Young" (tres trajes un par de zapatos en 2007, y un traje y una americana en 2008) fueron abonadas por el acusado D. Mateo personalmente al Sr. Constanco

-El acusado D. Mateo es no culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Presidente de la Generalidad.

B)Referidos al acusado D. Octavio

-EL acusado D. Octavio pagó las prendas que le fueron confeccionadas en Milano Difusión, S.A.

-El acusado D. Octavio nunca encargó trajes en Forever Young, ni recibió prendas de ese establecimiento.

-El acusado D. Octavio es no culpable de haber recibido regalos consistentes en prendas de vestir de forma continuada en consideración a su función de Diputado en las Cortes Valencianas.

Premisas fácticas que no permiten su subsunción en el delito del art. 426 delito que exige la concurrencia de una serie de elementos para la afirmación del tipo (STS. 362/2008 de 13.6).

a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo;

b) la aceptación por éste de dádivas o regalos;

c) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario.

La expresa utilización del término *dádiva*, añadido al vocablo *regalo*, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al art. 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, 16 de marzo , en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se "... *protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley*".

1) - Para la afirmación del tipo es necesaria una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y el oficio público del funcionario, de tal forma que la entrega se realice por causa de la simple consideración a



la función que desempeña la autoridad o funcionario. Por ello es conveniente insistir en que no se exige del funcionario o autoridad la ejecución u omisión de un acto relativo al ejercicio de su cargo sino que basta que el regalo sea ofrecido en consideración a su función.

La necesidad de este enlace causal entre la entrega del obsequio y el carácter público del receptor se expresa con elocuencia cuando se precisa que el término "en consideración a su función" debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de autoridad o funcionario de la persona, esto es, que solo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga, le ha sido ofrecida la dádiva, el objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo, el particular no se hubiera dirigido a él ofreciéndole aquella.

Los objetivos del particular que ofrece dádivas o regalos en consideración a la función, en general, están vinculados, hablando de manera coloquial, al "engrasamiento" general de la maquinaria burocrática administrativa por la vía del agradecimiento o complacencia de la autoridad o funcionario que la recibe.

Si, evidentemente, el regalo se presenta y acepta no en consideración a la función desempeñada por la autoridad o funcionario, sino, en virtud, por ejemplo de relaciones familiares o amistosas, la acción quedaría fuera del perímetro típico del art. 426 CP. 1995, con independencia a la dificultad en la práctica de distinguir cuando el regalo se ha hecho por meras relaciones amistosas y no en consideración a la función.

2) - Por regalo habría que entender objeto de valor material (económico) más o menos grande "pero suficiente para descartar toda idea de afección" independiente del valor económico del regalo, lo fundamental para este sector doctrinal es que las circunstancias se hagan desear toda idea de afecto, inclinación o apego, si estas fueran descartables, cualquiera que sea el valor de la cosa -siempre que la tuviera- bastaría para que fuera aplicable la máxima de que la "justicia o ofende etiam uno nummo" (aún por un solo céntimo).

Otros autores señalan, sin embargo, que en caso de regalos cuya cuantía sea moderada o de lo que en los usos sociales se consideran forma habitual de relación amistosa, el precepto no debiera ser aplicado por más que el regalo se realice en consideración a su función por faltar la voluntad de corromper, no pudiendo hablarse de tales supuestos de retribución por un acto del cargo sino de pequeños obsequios hechos a título de mera cortesía.

En este sentido parece, en efecto, ilógico estimar que un regalo de ínfimo valor pueda influir en el cumplimiento de los deberes del funcionario o autoridad, a tal respecto deben tenerse presente las exigencias de la adecuación social, conforme a las cuales conducta socialmente adecuada es la conducta tolerable en la sociedad, porque se la estima normal en un determinado orden social histórico; la conducta socialmente tolerada no constituye una acción ejemplar o plausible, sino que se limita a representar un comportamiento no sujeto a reprobación social.

En este ámbito de los usos y costumbres sociales la STS. 362/2008 de 13.6, reconoce que no es tarea fácil la delimitación del alcance del delito de cohecho pasivo impropio del art. 426 CP, a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obligan a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social.

Como fórmula orientadora, algún autor considera que puede considerarse, por ejemplo, lo recogido en el art. 54.6 Ley 7/2007 de 12.4, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) al incluir, entre los deberes de los empleados públicos, el siguiente principio de conducta "se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal". Fórmula esta anticipada en el denominado Código del Buen Gobierno de los miembros del Gobierno, los altos cargos de la Administración del Estado, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 18.2.2005, en el número 6 del apartado 3 (Principios de conducta) del Código puede leerse:

"6. se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o prestamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal".

En el caso de obsequios de mayor significación de carácter institucional se incorporan al patrimonio del Estado, en los términos previstos en la Ley 33/2003 de 3.11 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente".

3) -Y en orden a la fundamentación de la culpabilidad debe exigirse que el sujeto activo se comporte dolosamente para responder por la realización del supuesto típico: el funcionario o autoridad ha de poseer



la voluntad libre y consciente de aceptar los regalos con conciencia o en la convicción de que éstos le son presentados por razón de su cargo.

Requisitos los anteriores cuya concurrencia no se desprende de los hechos probados y que no puede salvarse con las referencias a las consideraciones contenidas en la STS. 478/2010 de 12.5 , que revocó el inicial auto de sobreseimiento libre dictado en la presente causa y en el auto de 15.7.2011 dictado por el Magistrado Presidente acordando la apertura del juicio oral, al ser actos procesales cuya finalidad es comprobar si el material probatorio tiene una efectividad, absolutamente provisional, que permita entrar en el proceso penal propiamente dicho. Auto de apertura del juicio oral que responde a la necesidad de un previo pronunciamiento judicial para poder entrar en el juicio oral. Es lo que se ha venido llamar juicio de racionalidad, en cuanto solo supone que hay motivos suficientes para entrar en esa fase decisiva del proceso penal, al concurrir indicios racionales de criminalidad contra el acusado y que no puede por su propia naturaleza, vulnerar por sí mismo, la presunción de inocencia.

SEXTO: Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Fulgencio , Hipolito , María , y Ofelia** , contra sentencia de 30 de enero de 2012, dictada por el Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal de la Comunidad Valenciana, que absolvió a los acusados D. Mateo y D. Octavio como autores penalmente responsables de un delito de cohecho impropio pasivo; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de su respectivos recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Carlos Granados Pérez D. Joaquín Giménez García

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Manuel Marchena Gómez

D. Antonio del Moral García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:23/04/2013

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Joaquín Giménez García, respecto de la Sentencia nº 323/2013 de fecha 23 de Abril de 2013, recaída en el Recurso de Casación nº 424/2012, interpuesto por Fulgencio , Hipolito , María y Ofelia , contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal de la Comunidad Valenciana, de fecha 20 de Enero de 2012 .

No comparto la decisión mayoritaria de mis compañeros de Sala que rechazaron el recurso de casación formalizado por la Acusación Popular contra la sentencia del Tribunal del Jurado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de Enero de 2012 .

El recurso debió ser admitido aunque por causa y efectos diferentes a los solicitados.

A mi juicio, la sentencia recurrida es *nula de pleno derecho por total ausencia de motivación* . Por ello mi disidencia se sitúa en un momento diferente al objeto del recurso formalizado que, silenciando la falta de motivación de la sentencia, se centra en impugnar el veredicto del Jurado.

La sentencia objeto del recurso de casación debe responder, en primer lugar, al estándar exigible a toda resolución judicial, caso contrario, debe declararse su nulidad, *incluso de oficio* .

En esta situación estimo que debió declararse la nulidad de la sentencia, y su *devolución* al Magistrado-Presidente para que motivase su decisión.



En los juicios del Tribunal del Jurado, hay un *claro reparto de roles* entre el Colegio de Jurados y el Magistrado-Presidente que presidió y dirigió el Plenario.

Corresponde al Colegio de Jurados la decisión en *materia de los hechos*, así como la determinación del *juicio de culpabilidad / inculpabilidad*, que no es sino la consecuencia de lo decidido en relación al juicio de hecho. Si los hechos de la acusación se estiman probados, corresponde un juicio de culpabilidad, de no estar probados los hechos –y siempre respetando las mayorías legales lo que ocurrió en este caso– corresponderá un juicio de no culpabilidad.

Corresponde al Magistrado-Presidente del Jurado, tras descartar la posibilidad de devolución del veredicto ex art. 63 de la LOTJ, y *verificar la interdicción de toda decisión arbitraria* ex art. 9-3º de la Constitución, la redacción de la sentencia –con independencia de que se adelante in voce el fallo–, como ocurrió en esta ocasión.

Por decirlo más claramente, al Colegio de Jurados le corresponde facilitar los *"materiales de construcción"* con los que el Magistrado-Presidente debe *"levantar"* la argumentación de su resolución y justificar el fallo.

Esta exigencia motivacional es predicable, también, de las sentencias absolutorias pues a todas alcanza tal deber que exige el art. 120-3º de la Constitución, como igual a todas las sentencias alcanza la *interdicción de toda decisión arbitraria* – art. 9-3º de la Constitución –, por más que sea cierto que en relación a las *sentencias condenatorias se exige una motivación más reforzada* porque el inculpaado ya parte de una presunción de inocencia –todo imputado entra inocente en el Plenario–.

Un examen de la sentencia sometida al presente control casacional, pone de manifiesto de una manera *clamorosa que carece de toda argumentación*.

Textualmente el f.jdco. primero, único que interesa nos dice:

"...Primero.- Habiendo declarado el Jurado probados los anteriores hechos, que no constituyen conductas subsumibles en el tipo penal del cohecho tipificado en el artículo 426 del Código Penal en relación con el artículo 74 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos, contenida en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre por el que se ha venido acusando, y siendo el veredicto del Jurado de inculpabilidad para ambos acusados, producidas las votaciones según consta en el acta del veredicto del Jurado en los términos de mayoría de cinco votos a favor y cuatro en contra, tanto para los hechos probados cuanto para la declaración de inculpabilidad, en los términos establecidos en los artículos 59 y 60 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de conformidad con lo prescrito en el artículo 67 de la dicha Ley Orgánica del Tribunal del Jurado procede el dictado de sentencia absolutoria, cuyo fallo absolutorio se anticipó tras la lectura del acta del veredicto y ahora se contiene en la presente sentencia...."

Realmente estamos ante *"un acta"* por parte del Magistrado-Presidente de lo decidido por el Jurado del que, sin más, se deriva la absolución de los imputados.

No es este el rol que debe desempeñar el Presidente del Tribunal del Jurado que no es un "invitado de piedra" que se limita a constatar lo decidido por el Jurado y a extraer, *asépticamente*, la conclusión.

Ciertamente el Magistrado-Presidente no debe apartarse de las conclusiones del Jurado salvo los supuestos de devolución del veredicto a que se refiere el art. 63 LOTJ antes citado, pero *también* –y es importante consignarlo– hay que decir que el Juez debe ser *garante de la interdicción de toda arbitrariedad*, porque toda sentencia como acto de un Poder del Estado debe ser explicado, sin que a mi juicio pueda abdicar de esta función por remisión implícita a la *"sucinta explicación"* de los Jurados.

No se trata de una mera formalidad sin mayor trascendencia, sino una *exigencia* en garantía de la razonabilidad y de la legitimidad de la decisión.

Sin duda es el Magistrado que presidió el Plenario y ante el que se practicó toda la prueba, a quien le corresponde por Ley, verificar si la *"sucinta explicación"* dada por los Jurados satisface las exigencias de prohibición de toda arbitrariedad, por ser fruto de un proceso deliberativo de toda la prueba practicada, o, por el contrario la decisión del Colegio de Jurados es solo un acto de voluntad revestido de una apariencia de argumentación.

Solo en la contradicción se puede alcanzar la verdad de lo ocurrido en todo proceso, singularmente en el orden penal. *Todo juicio es un decir y un contradecir* que se desarrolla en la dialéctica de pruebas de cargo y de descargo – SSTS 467/2006 ; 629/2007 ; 273/2010 ó 165/2013, entre otras–, ello supone que una sentencia cuya decisión esté fundada en el análisis parcial, *solo* de la prueba de *cargo*, o *solo* en la prueba de *descargo*, no está motivada debidamente porque han de ser objeto de la valoración todos los elementos de cargo y de descargo, de suerte que no se da satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a toda parte



personada en la causa (también a las partes acusadoras), cuando la parte concernida viese silenciada y no valorada la prueba propuesta por esa parte.

Tal actuación, sesgada, más bien supondría una inversión argumentativa que *convierte en presupuesto lo que debe de ser el resultado del proceso valorativo* de toda la prueba. SSTS 2207/2001 ; 1579/2003 ; 875/2006 ó 1327/2011 de 9 de Diciembre .

Comparto las reflexiones de la sentencia de la mayoría en relación a la motivación exigible para las sentencias absolutorias –apartado 3º del f.jdco. tercero–, pero estimo necesario precisar que junto con esa falta de convicción expresada por el Colegio de Jurados acerca de la inexistencia del hecho o de la no participación que en el mismo hubiese tenido el imputado, *hace falta un soporte probatorio con la amplitud expresada* que de consistencia a esa falta de convicción. En relación a la duda –que debe resolverse en favor del imputado–, debe verificar igualmente que *por ser duda razonable, debe ser razonada* , esto es explicada, correspondiendo en el caso de los juicios con Jurado al Magistrado- Presidente, no tanto verificar si el Colegio de Jurados dudó, sino si hizo bien en dudar dada la calidad de las informaciones probatorias tenidas en cuenta – SSTS 1317/2009 ; 114/2010 ; 855/2010 ó 591/2011 –, todo ello en garantía de la *interdicción* de la arbitrariedad.

Este *control del veredicto*, corresponde, a mi juicio, efectuarlo *exclusivamente al Magistrado-Presidente* pues fue quien presidió el Plenario y presencié la prueba, correspondiendo al Tribunal que conozca de la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente, vía recurso de apelación o de casación –como es el caso– verificar la razonabilidad de las argumentaciones de tal sentencia.

Ausente tales argumentaciones, *no procede, per saltum* , que esta Sala Casacional entre a valorar directamente el veredicto, porque carece de la intermediación que *sí* tuvo aquél.

Por ello, procedía en mi opinión, la devolución de la sentencia para subsanar tal omisión. Se trata de una cuestión *previa* relacionada con el reparto de roles entre el Colegio de Jurados, el Magistrado-Presidente y esta Sede Casacional máxime cuando en el presente caso, dado el *privilegio de aforamiento* de uno de los inculpados, el juicio de Jurados se celebró en el seno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, no existiendo por tal motivo recurso de apelación y *sí solo* el actual recurso de casación.

Por todo lo expuesto, estimo, con respeto a la decisión mayoritaria que, con carácter preferente, debió haberse declarado la nulidad de la sentencia del Magistrado-Presidente y acordar la devolución de la misma para subsanar la omisión de la motivación.

El principio de que *"no solo debe hacerse justicia, sino parecer que la justicia se ha hecho"* enunciado en la STEDH, Caso Delcourt vs. Bélgica, de 17 de Junio de 1970 , recordado en otras posteriores –Caso Borgens vs. Bélgica de 31 de Octubre de 1991, voto particular Juez Martens– es un argumento adicional a la opinión expuesta.

Este es el sentido del presente Voto Particular.

Fdo.: Joaquín Giménez García

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.